

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**La medida cautelar sobre el fondo en el proceso de
desalojo**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho

AUTOR

Oscar Nazir Solimano Heresi

Lima – Perú

2008

DEDICATORIA

A mi padre Italo Solimano Figallo, quien con su apoyo, comentarios y reflexiones me impulsa a cuestionar las injusticias que ocurren en nuestra sociedad y me reta a impulsar su mejoramiento para vivir en un país donde se respete y se valore a la persona en toda su dimensión, en su dignidad, en el respeto a su proyecto de vida, así como en la protección del derecho que tienen a desarrollar en armonía con el bien individual y social sus actividades económicas.

AGRADECIMIENTO

Este trabajo no hubiese sido posible sin la colaboración de los profesores, tutores, informantes y personal administrativo de la maestría de derecho civil y comercial y del doctorado de la Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Dennis Chávez de Paz, Jorge Carrión Lugo, José Antonio Silva Vallejo, Juan Morales Godo, Carlos Perez Ríos, Aníbal Torres Vázquez, José Horna Torres, Alberto Stewart Balbuena, Francisco Javier Romero Montes, Jesús Martín Mori Condori, entre otros, a quienes les expreso mi profundo agradecimiento. Además a todos mis compañeros de clase y de manera especial a los señores Pedro Montoya, Carlos Franco de la Cuba, Héctor Lama More, quienes con sus comentarios y reflexiones me ayudaron a bosquejar el planteamiento de la investigación. Asimismo a la señorita Lissi Sabrina Conche Barrientos por su muy apreciado apoyo.

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	13-15
PRIMERA PARTE: DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	16-18
LA FUNCIÓN CAUTELAR COMO FUNCIÓN JURISDICCIONAL	18-21
2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	22-28
3. NUEVAS TÉCNICAS DE TUTELA	28-30
3.1. LOS PROCESOS URGENTES	30-34
3.2. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS	34-39
3.2.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA	39-41
4. EL DERECHO DE ACCIÓN	41-45
4.1. LA ACCIÓN CAUTELAR	45-47
5. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	47-49
6. EL PROCESO CAUTELAR	50-53
7. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR	53-54
8. LA PRETENSIÓN PROCESAL Y LAS PRETENSIONES CAUTELARES	54-56

9. LA PROVIDENCIA O RESOLUCIÓN CAUTELAR	56-58
9.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PROVIDENCIA CAUTELAR	58-59
10. DEFINICION DE MEDIDA CAUTELAR	59-65
10.1. OPINIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	65-69
11. IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	69-71
12. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR	71-74
12.1. MEDIDA CAUTELAR COMO ACCIÓN	75
12.2. MEDIDA CAUTELAR COMO PROCESO	75
12.3. MEDIDA CAUTELAR COMO PROVIDENCIA	76-77
13. RELACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CON OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES AFINES	77-78
14. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	78-85
15. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	85-94
16. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	94-95
16.1. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES	95-105
16.2. PRESUPUESTOS GENÉRICOS	106-108
17. EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	108
17.1 .EFECTOS DE ASEGURAMIENTO	108-109
17.2. EFECTOS DE CONSERVACIÓN PERO NO DE SIMPLE ASEGURAMIENTO	109-110

17.3. EFECTOS INNOVATIVOS Y ANTICIPATIVOS DE LA SATISFACCIÓN DE LA PRETENSIÓN DEDUCIDA EN EL PROCESO PRINCIPAL	110
18. MEDIDA CAUTELAR COINCIDENTE CON EL PETITORIO DE LA DEMANDA EN EL PROCESO DE DESALOJO	111-115
19. DISTINTOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	115
19.1. DE ACUERDO A LA OPORTUNIDAD EN QUE HAN SIDO PETICIONADAS	115
19.2. SEGÚN SU PREVISIÓN O NO EN EL ORDENAMIENTO LEGAL	115-116
20. DESARROLLO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	117
20.1. POR LA TIPICIDAD	117-133
20.2. POR LA INCIDENCIA SOBRE LA RELACIÓN MATERIAL	133-134
20.3. POR LA SIMILITUD DE SUS EFECTOS CON LA PRETENSIÓN PRINCIPAL	134-135
21. LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO	135
21.1. DISTINCIÓN ENTRE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO Y LAS MEDIDAS INNOVATIVAS	136-140
22. LA COSA JUZGADA ANTICIPATORIA	141-142

22.1. CLASIFICACIÓN DE LA COSA JUZGADA ANTICIPATORIA	142-144
23. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO	144-145
23.1. COGNICIÓN SUPERFICIAL	145-146
23.2. LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD	146-147
23.3. NATURALEZA DEL PELIGRO EN LA DEMORA	147-150
24. LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO EN LA LEGISLACION NACIONAL	150-154
25. LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL	154
25.1. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA	154-164
25.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA	164-172
25.2.1. DIFERENCIAS ENTRE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA	172-173
25.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA	174-178
25.4. NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA	178-186
25.5. CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DE BRASIL	187-189
25. 6. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE	190-192

25.7. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY	192-194
25.8. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY	194-198
25.9. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE ITALIA	198-206
25.10. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE FRANCIA	206-207
25.11. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO	208-209
25.12. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE CUBA	209-210

CONTENIDO SEGUNDA PARTE: DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	210
1.1. PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL - LA DESCRIPCIÓN EMPÍRICA DEL PROBLEMA	210-213
1.1.1. MEDIDA CAUTELAR: DESALOJO ANTICIPADO	213-216
1.2. LA MATERIA JURÍDICA ESPECÍFICA QUE TRATA EL DERECHO	216-219
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	219
1.3.1. INTRODUCCIÓN	219-221

1.3.2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA Y FORMULACIÓN DE LA INTERROGANTE, A PARTIR DE LAS CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE	221-224
A. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA	
B. FORMULACIÓN DE LAS INTERROGANTES	
2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA	224
2.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES: INDEPENDIENTE Y DEPENDIENTE	224-225
2.2. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES	225
2.2.1. LA POSESIÓN	225-231
2.2.2. LA POSESIÓN PRECARIA	231-234
2.2.3. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	234-275
2.2.4. EL PROCESO DE DESALOJO	276-296
2.2.5. LA CONCILIACIÓN	296-306
2.2.6. ¿CUÁNDO PROCEDE DECLARAR EN ABANDONO EL PROCESO?	306-307
3. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE LAS VARIABLES	307-316
3.1. DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN PARA CADA VARIABLE	316-317

4. LAS HIPÓTESIS QUE ORIENTAN LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA	317
4.1. LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERAL Y ESPECÍFICAS	317-319
4.2. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES	320-321
4.3. LAS HIPÓTESIS OPERACIONALES O DE TRABAJO	322-324
5. LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS	324
5.1. LA DEFINICIÓN DEL UNIVERSO DE POBLACIÓN BAJO ESTUDIO (N) Y LA UNIDAD DE ANÁLISIS (S)	324
5.1.1. EL DISEÑO DE LA MUESTRA (n)	325-331
6. ELABORACIÓN DE LA MATRIZ DE DATOS	331-340
7. SELECCIÓN DE LA TÉCNICA ESTADÍSTICA PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS	340-341
7.1. EJECUCIÓN DE ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y OBTENCIÓN DEL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN PARA CADA HIPÓTESIS	341-351
7.2. DETERMINACIÓN DEL DESTINO DE LAS HIPÓTESIS	352-353
7.3. INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS DE LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS	353

TERCERA PARTE: APOORTE AL DERECHO: TEORÍA JURÍDICA Y PROPUESTA DE NORMAS JURÍDICAS

1. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO	354
1.1.FORMULACIÓN DE LAS PREMISAS JURÍDICAS RESULTANTES DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA	354-357
1.2.PLANTEAMIENTO DE EXPLICACIONES TEÓRICO-JURÍDICOS DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS	357-358
1.3.ORDENAMIENTO LÓGICO DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS Y LAS EXPLICACIONES TEÓRICAS	359-361
2. APOORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA	362-364
2.1.ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS Y EL APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA	364-368
3. APOORTE A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA	368
3.1. FORMULACIÓN DE PREMISAS DOCTRINARIAS	368-370
3.2. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS RELACIONADAS A LAS PREMISAS DOCTRINARIAS QUE SERÁN CORREGIDAS O SUSTITUIDAS POR OTRAS NORMAS	370
3.3. FORMULACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS	371-374
A. NUEVAS NORMAS PARA INCORPORAR A LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA	

B. LAS NORMAS MODIFICATORIAS O SUSTITUTORIAS DE LAS
EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA

CONCLUSIONES 375-377

BIBLIOGRAFÍA 378-392

PRESENTACIÓN

En la actualidad, la investigación científica social se viene constituyendo en un tema ineludible debido a que define el perfil de las instituciones académicas, tanto de los profesores como de sus alumnos; asimismo constituye el recurso y estrategia competitiva de las organizaciones de toda índole y determina el grado de prosperidad de las organizaciones, de las personas y porque no decirlo de las naciones; de allí la importancia que las universidades o de los centros de formación o investigación y el Estado que deben promoverlas con especial énfasis.

El contenido de la presente tesis para optar el grado académico de Magíster con mención en derecho civil y comercial está referido al tema relacionado con las “Medidas Cautelares Anticipadas”, de manera particular nos ha interesado desarrollar lo que acontece en los procesos de desalojo en el ordenamiento jurídico nacional, y que básicamente comprende el Marco Teórico y Doctrinario del Problema de Investigación, el mismo que está esquematizado de la forma siguiente:

1. El Problema Jurídico Social:
 - 1.1. La Descripción Empírica del problema.
 - 1.2. La Fundamentación del Problema para el Derecho.
 - 1.3. La Materia Jurídica Específica que trata el Derecho
2. Las Teorías Jurídicas y las Doctrinas Jurídicas que analizan el Problema.
3. La Revisión Histórica de la Legislación Nacional sobre el Problema.
4. La Legislación Comparada sobre el Problema.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía utilizada.

Con intención de interpretar las orientaciones doctrinarias sobre el tema, se ha pretendido realizar una descripción empírica del problema jurídico social que suscita en la actual tipología, considerada novedosa y que impera en nuestro

ordenamiento jurídico, que es la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, la cual, sin embargo, no resuelve los problemas más importantes sobre el derecho a la restitución de la posesión o derecho a la tutela efectiva; manteniéndose la incertidumbre jurídica y la injusticia social que procuramos con el presente trabajo impulsar su cambio y mejoramiento.

Asimismo, se fundamenta y compara su regulación con la de otros ordenamientos jurídicos y realidades, que en mi concepto pueden responder mejor a la realidad jurídica social de nuestro país, dado que nuestra regulación procesal pareciera orientada a beneficiar aparentemente a la parte débil de la relación contractual en contraste con la parte detentadora del derecho mediano de posesión sobre los inmuebles, quien no necesariamente lo es, dando lugar a abusos, excesos o aprovechamiento que brinda el sistema al poseedor inmediato por el inadecuado diseño normativo del ordenamiento procesal civil en esta materia; dándole una deplorable posición de ventaja que ocasiona serios perjuicios económicos al cedente.

Por ello, se requieren normas que salvaguarden el derecho a la posesión de manera más efectiva y equitativa, buscando proteger el tráfico comercial y la función económica que deben desempeñar los contratos de arrendamiento o la de aquellos que ceden la posesión inmediata de un inmueble, como un factor impulsor del desarrollo de la economía de un país, orientado a la construcción de viviendas de arrendamiento, promoviendo la actividad de la construcción que genera el desarrollo de innumerables actividades económicas vinculadas a una importante cantidad de personas involucradas en las diferentes etapas de la construcción y a la vez, que constituye una fuente de ingresos para el erario nacional a través de rentas de primera o tercera categoría, y tributos municipales, tales como el Impuesto Predial, arbitrios, alcabala, etc.

En el desarrollo de la metodología planteada nos ha permitido identificar un problema e identificar que es cierto que el Código Procesal Civil tiene una deficiencia y no está cumpliendo a cabalidad el rol que le corresponde en el desarrollo de la paz social y la justicia en la actividad económica de nuestra

sociedad vinculada con el arrendamiento de inmuebles o la cesión de la posesión inmediata, y no precisamente por los actores que participan del mismo, o de incorrectas interpretaciones de los magistrados, sino particularmente por una inapropiada regulación en la legislación adjetiva que brinda ventajas excesivas a una de las partes. Por ende, la finalidad del presente trabajo es coadyuvar con este esfuerzo con una labor social a fin de procurar acceder a una verdadera justicia a través de la modernización de nuestro sistema jurídico adjetivo; que responda día a día a las necesidades armónicas de la sociedad y sea un instrumento -la ley- que trasmita valores de equidad a los ciudadanos para que actúen de manera correcta para tener una sociedad cada vez más justa, con valores cristianos y en paz.

El Autor

PRIMERA PARTE:

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

MARCO TEÓRICO Y DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Al respecto, cabe precisar que la función jurisdiccional viene a ser la potestad que emana de la soberanía estatal que, a su vez, la obtiene de la soberanía del pueblo y que es ejercida exclusivamente por Tribunales independientes y predeterminados por la ley para hacer efectivo el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias.

El Procesalista **Giussepe Chiovenda** opina que la función jurisdiccional tiene como propósito “la actuación de la voluntad concreta de la ley, como función del Estado, mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, ya sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva”¹.

De lo anterior, se puede decir que la función jurisdiccional viene a ser la función pública encargada de impartir justicia que emana de la soberanía del Estado y es ejercida por órganos especiales, para la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos que se presentan a diario en nuestro medio, para obtener la armonía y la paz sociales.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe (1940). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Editorial de Derecho Privado. Madrid - España. Pág. 12.

La finalidad de la función jurisdiccional es fronteriza con la finalidad del proceso en general sólo que éste contempla casos determinados y aquélla tiene una cobertura mayor que alcanza a todos los casos que requieren tutela jurisdiccional. Asimismo, es pertinente mencionar que la función jurisdiccional tiene como base normativa a nuestra Carta Magna, la cual en su **Artículo 138º** establece que **“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”**.

A su vez, el **Artículo 143º** prescribe que “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: La Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica”.

Por consiguiente, es pertinente resaltar que si bien se le ha encargado al Estado la tutela de los derechos de todos los ciudadanos, quienes por este motivo se ven en la imposibilidad de hacer justicia por mano propia, dado que ello definitivamente atentaría contra la existencia del orden jurídico. Entonces, siendo ello así, es indispensable que dentro de la función jurisdiccional que se le asigna al Estado, se le provea de los medios conducentes al mejor cumplimiento de su misión.

En ese sentido, desde la pretensión principal hasta la sentencia definitiva que le de respuesta, es necesario que exista de por medio un proceso; y cuanto mayor sea el tiempo que demore el proceso, existe el peligro que la situación de hecho se altere de un modo tal que torne ineficaz o ilusoria la decisión jurisdiccional.²

² OTTOLENGHI, Mauricio. Citado por la Academia de la Magistratura en *Temas relacionados a las Medidas Cautelares*. Lima - Perú. Pág. 8.

Por su parte, **ALSINA**³ señala que el Estado no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona el desarrollo del proceso, motivo por el cual debe proveer de todas las medidas necesarias para prevenirlas. Menciona también, que en algunas legislaciones, tales medidas son denominadas “medidas precautorias”, las cuales tienen la finalidad peculiar de “impedir que la soberanía del Estado”, en su más alto significado que el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, tal y como lo veremos más adelante.

1.1. LA FUNCIÓN CAUTELAR COMO FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional consiste en juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado. Ello nos hace pensar que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado). Si bien, la doctrina cada vez más habla de la función cautelar como manifestación de la jurisdicción, del carácter de **tertium genus**, término que se encuentra inmerso dentro del **Principio de la Autonomía Cautelar**, el cual va adquiriendo el proceso cautelar, de la subfunción de la jurisdicción consistente en garantizar que la función declarativa y la de ejecución se cumplan.

Como es de saberse, la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un período mas o menos largo para realizarse, tiempo que, por su **mero transcurso o por actuación del demandado**, pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, es por lo que surge esta tercera función jurisdiccional, “llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones”.

En atención a estas dificultades que revisten el desarrollo de la función declarativa y la de ejecución, de su carácter de no instantaneidad y, en consecuencia, de incertidumbre que se provoca para la consecución de la

³ ALSINA, Hugo (1946). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina. Pág. 440.

función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, surge el proceso cautelar como un medio de garantía del proceso declarativo y del de ejecución, de ahí es que se afirma que tiene **el carácter de instrumentalidad**.

Se puede establecer que a través de las medidas cautelares se cumple una **“función de garantía”**, la cual sirve para combatir la duración de los procesos, convirtiéndose no ya tan sólo en un mecanismo de mero aseguramiento o para la conservación de los bienes sino que deberán llegar más allá si se quiere que las resoluciones judiciales, aunque tardías, resulten efectivas.

Esta función garantista ha sufrido en los últimos tiempos una alteración importante, haciéndose extensiva en la medida en que se ha superado la posición de la doctrina procesalista acerca de la clásica teoría de las medidas cautelares, por cuanto **éstas han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para extenderse, en muchas ocasiones, a cumplir una función anticipatoria del fallo**, lo que conlleva una superación del término **“cautela”** para ahondarse en otro concepto más complejo como es el de **“prevención”**.

Esa idea de prevenir que conllevan las medidas cautelares en la actualidad no es sino producto de un cambio de posición ante las mismas. **No se trata pues, tan solo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión**, lo que supone extender la función cautelar más allá; es decir, a esa idea de prevención a que hacíamos referencia en el párrafo anterior.⁴

Por otra parte, cabe precisar que la necesidad de los justiciables de protección inmediata de sus derechos, se traduce en la necesidad del juzgador de poder contar con los mecanismos y las facultades de protección rápida frente a una

⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1993). *Las Medidas Cautelares en España*. Madrid - España. Pág. 13-15.

amenaza o peligro jurídico o fáctico. Estas necesidades son las que, finalmente, han inspirado el desarrollo de la llamada teoría cautelar.

De manera que, el permanente e irresuelto conflicto entre el tiempo y el proceso han encontrado en esta teoría muchas respuestas buscadas por diversos juristas, doctrinarios, legisladores, jueces, justiciable, entre otros.⁵

En ese orden de ideas, se puede señalar que según **Calamandrei**, la tutela cautelar en relación con el derecho sustancial, constituye una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad clasificada, son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho; esto es, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.⁶

Siguiendo al mismo autor, sostenemos que las decisiones cautelares están dirigidas, mas que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y de ese modo evitar la burla a la justicia que el deudor demandado en el proceso cognitorio o deudor ejecutado en el proceso de ejecución podría poner en práctica, aprovechando precisamente las demoras y dilaciones excesivas del procedimiento, poniendo a salvo sus bienes y reírse luego de la decisión judicial, impotente para afectarlo. La tutela jurisdiccional cautelar, por consiguiente, tiene como finalidad mediata evitar la circunstancia descrita.

⁵ TAM PÉREZ, José (2002). Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal: *El Poder General de la Cautela como máxima expresión del Poder Jurisdiccional en sede Cautelar*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima - Perú. Pág. 177-178.

⁶ CALAMANDREI, Piero (1945). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina. Pág. 45.

La tutela jurisdiccional cautelar se dirige, pues, como las providencias que el Derecho Inglés comprende, bajo la denominación de **contempt of court**, a salvaguardar el **imperium iudicis**, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión verbal, constituya una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde.

Las medidas cautelares se disponen, mas que en intereses de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también su buen nombre. Incluso, se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa.

Aquí, cabe resaltar la opinión de **Giuseppe Chiovenda** que señala que “El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y esa pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del Juez.

También aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto”.⁷

Según **Ugo Rocco**, la actividad jurisdiccional llamada cautelar (y el proceso correspondiente) no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo, puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho, mientras está

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (1948). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid - España. Pág. 281-282.

pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses.⁸

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el particular, debemos señalar que mediante las medidas cautelares se le solicita al Estado un anticipo de la garantía jurisdiccional que se comprometió a brindar, la misma que se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva y se resume en el derecho de todo ciudadano a invocar que se haga justicia (tutela judicial efectiva)⁹, derecho que se encuentra reconocido en el **Artículo 139° numeral 3) de la Constitución Peruana de 1993.**

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, se trata de un derecho fundamental y protegido, son los Organos jurisdiccionales que dirimen las controversias y poseen el monopolio de administración de Justicia. Artículo 24.1 de la Constitución Española.¹⁰

Así, el derecho a obtener una medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial, porque mediante este derecho se tiende a “asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar” y si ello no se da, entonces no podríamos hablar de una verdadera tutela.¹¹

Por ello, el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres etapas: en el acceso al órgano jurisdiccional y a los recursos

⁸ ROCCO, Ugo (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina. Pág.57.

⁹ GONZÁLES PÉREZ, Jesús (1989). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Editorial Civitas. Madrid - España. Pág. 149.

¹⁰ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomas Moro. Edición Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2007. Impreso en España. Pág. 1406.

¹¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994). *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Bosch. Barcelona - España. Pág. 286.

que se puedan interponer a lo largo del proceso, lo que la doctrina conoce como derecho al **debido proceso** o litis con todas las garantías; en la instancia de dictar una resolución invocando un fundamento jurídico y finalmente, en la etapa de ejecutar la sentencia.¹²

Como lo menciona **Juan Monroy Gálvez**, al hablar de un “**debido proceso**” estamos hablando del derecho que tiene todo justiciable para iniciar o participar en un proceso, durante todo su desarrollo; es el derecho a ser oído, a probar lo que pretende, a alegar lo que estime pertinente siempre que haya un fundamento jurídico para ello y a impugnar cualquier resolución sin restricción alguna.¹³

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente Nro. **1042-2002-AA/TC**, con fecha 6 de Diciembre del 2002, hace mención al derecho a la Tutela Jurisdiccional “**no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones**”.

Tanto nuestra legislación como la legislación comparada, establecen que todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.¹⁴

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones: cuando se produce el rechazo liminar de una demanda

¹² SARAZÁ JIMENA, Rafael (1994). *Doctrina Constitucional Aplicada en Materia Civil y Procesal Civil*. Editorial Civitas. Madrid - España. Pág. 112-113.

¹³ MONROY GÁLVEZ, Juan (2002). Citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág.1 97-199.

¹⁴ CAROCCA PÉREZ, Alex (1998). *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. . Editorial Bosch. Barcelona - España. Pág. 101.

invocándose una causal de improcedencia impertinente, con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario, con la aplicación de la **reformatio in peius**, con la ejecución de la sentencia modificando sus propios términos o con su inejecutabilidad.

Consecuentemente, la tutela sólo será efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, Expediente **Nro. 0015-2005-PI/TC**, con fecha 5 de Enero de 2006, hace mención **“el derecho a la Tutela Jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocida en el inciso 3) del artículo 139 de la constitución. Si bien la citada norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución)”**. En este sentido busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.

Al respecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español **N° 102/84**, de fecha 12 de noviembre de 1984, se declaró que: **“En cuanto al ámbito del derecho [...] comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho y el de obtener la ejecución de la sentencia.”**

Por lo que, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental que este colegiado tiene la obligación de reparar con toda firmeza.

De igual manera, la **Ejecutoria Nº 14-06-96** estableció que “Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con arreglo a un debido proceso”.¹⁵

Se dice que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva resulta afectado o vulnerado cuando un Juez al calificar la demanda no se pronuncia sobre los presupuestos procesales o materiales sino sobre el fondo de la controversia, el que solo puede ser expedido en la sentencia, luego de agotar las etapas correspondientes del proceso, según lo señala la **Ejecutoria Nº 2002-95**.¹⁶

En este orden de ideas, **García de Enterría** señala el sostenimiento unánime de los tribunales constitucionales europeos de considerar que la exclusión o aún la limitación de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de defensa.¹⁷

En el mismo sentido se están pronunciando los órganos supremos de las jurisdicciones administrativas nacionales como la Cámara de los Lores en Inglaterra, el Tribunal Supremo en España, el Consejo de Estado Francés y, finalmente, con especial trascendencia, porque incluye poderes cautelares de los jueces nacionales sobre sus propias leyes y sobre el Derecho Comunitario,

¹⁵ RETAMOZO LINARES, José Alberto (2002). *Jurisprudencia Civil*. Tomo II. Editorial Fecat. Lima - Perú. Pág. 18.

¹⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1996). *Jurisprudencia Actual*. Tomo III. Editorial Cuzco. Lima - Perú. Pág. 281.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992). *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Editorial. Civitas. . Madrid - España. Pág. 188-190.

así como el ejercicio por el propio Tribunal de Justicia de facultades suspensivas sobre la aplicación de leyes parlamentarias de los Estados, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁸

Por su parte, el jurista español **Jesús Gonzáles Pérez** establece que el “**derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**” es el derecho que le asiste a toda persona para que se le haga justicia y para que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías del caso. Es así que, la tutela jurisdiccional efectiva se desenvuelve mediante las normas del “**debido proceso**”, el cual es denominado por los americanos como “**due process of law**”, de acuerdo con su Constitución.¹⁹

Del mismo modo, se ha estimado pertinente mencionar que la principal característica de las medidas cautelares es su **instrumentalidad**, entendida en el específico sentido de que la medida cautelar, considerando en su conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el derecho en el caso concreto, la medida cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia.

La mejor manera de asegurar la eficacia de la decisión judicial definitiva y asimismo, evitar que la duración del proceso afecte a quien al final de ella presuntamente tendrá la razón, **es a través de la tutela cautelar**.

¹⁸ CONSTANTINO, Juan Antonio (1997). *Las Medidas Cautelares en el ámbito de la Comunidad Europea, Los Tribunales Constitucionales y el Mercosur*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima - Perú. Pág. 85-89.

¹⁹ GONZALES PÉREZ, Jesús (1985). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Editorial Civitas. Madrid - España. Pág. 27.

Respecto a la “**tutela cautelar**” no existe precepto constitucional ni legislativo que lo establezca como “**derecho fundamental de toda persona que acude al órgano jurisdiccional**”. Sin embargo, gracias a la jurisprudencia europea, esta visión exclusivamente garantista de la tutela cautelar ha ido rescatándose bajo varios principios, entre los cuales se encuentra el **principio chiovendiano**: “**la necesidad del proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón**”.²⁰

Así, la Corte Constitucional Italiana en su Sentencia N° 190 de fecha 28 de junio de 1985 marcó un hito fundamental en el proceso de constitucionalización de la tutela cautelar. No obstante a ello, la constitucionalización definitiva de la tutela cautelar, componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe a una sentencia expedida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo del 19 de junio de 1990.

En ese orden de ideas, la tutela cautelar se presenta desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (“el justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella.²¹

Siguiendo, el contenido esencial del derecho genérico a la justicia, es denominado también derecho a la acción, a la jurisdicción, a la **tutela judicial efectiva**, al debido proceso, a un proceso equitativo, y a un proceso justo en una sociedad democrática.

Evidentemente, ello constituye una expresión compleja y armónica de un conjunto de derechos humanos positivizados, constitucionalmente como

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe (1948). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 21. Madrid - España.

²¹ ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 596-598.

fundamentales; encontrándose entre los mismos el derecho a un proceso dentro de un **plazo razonable** o sin dilaciones indebidas.

Finalizando, podemos decir que el derecho a un debido proceso dentro de un plazo razonable y sin dilaciones, guarda estrecha relación con el derecho a la tutela de orden instrumental, de modo que las dilaciones indebidas “**vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva**”. Por ello, una justicia tardía equivale a una denegación de justicia, la cual puede ser desterrada cuando el actor que acude al órgano jurisdiccional encuentra una respuesta satisfactoria a su pretensión.

3. NUEVAS TÉCNICAS DE TUTELA

Sobre el particular, podemos hacer referencia a lo señalado por la doctrina española respecto al nuevo proceso civil sobre las nuevas técnicas de tutela que bien pueden tener gran repercusión en nuestro ordenamiento jurídico, éstas pueden ser las siguientes:

- Se debe incorporar un buen sistema de “**tutela cautelar**”, que permita el aseguramiento de todas las situaciones jurídicamente legítimas. Por su parte, la doctrina a través de innumerables procesalistas ha hecho grandes aportaciones al respecto. Por ello, se ha creído conveniente hacer alusión a la posición más avanzada y defendible que ha reconocido a nivel doctrinal y legal, la **tutela cautelar**, la **acción cautelar** y el **proceso cautelar** como instrumentos encargados de efectivizar la tutela cautelar.
- Se debe disponer de una “**tutela urgente**” y no cautelar, mediante procedimientos que permitan una respuesta rápida para aquellas situaciones que puedan presentarse en una futura sociedad moderna, caracterizada por su dinamismo. En tal sentido, podemos citar a manera de ejemplo al “**referé**”, establecido en Francia, el cual viene a ser un procedimiento que, con audiencia del demandado y dilucidación ante uno de los integrantes del colegiado (generalmente su presidente), a

través de resoluciones se dispone el cumplimiento total o parcial de la pretensión, a la espera de aquello que pudiera resolverse por la sentencia definitiva luego de un desarrollo procesal completo.

- Sobre el particular, también se puede mencionar que si el Estado prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, salvo algunas excepciones, entonces no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que generalmente ocasiona el desarrollo de un proceso, debiendo por tanto, proveer las medidas necesarias para prevenirlas.²²
- De manera que, es factible que se imponga en todos los ordenamientos jurídicos, el empleo de los procedimientos judiciales urgentes y simplificados, con la finalidad de obtener la oportuna composición de la litis y por ende, la rápida expedición de resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y a las personas involucradas en un determinado proceso judicial.²³ En ese orden de ideas, algunos ordenamientos jurídicos configuran a esta clase de tutela de dos modos distintos: **a. Como una tutela sumaria autónoma**, la cual se insta y se resuelve en un procedimiento de tramitación rápida (**solución recogida por el Derecho Chileno**). **b. Como una tutela cautelar**, la cual está vinculada y dependiente de un proceso principal, pero con una adecuada amplitud de efectos en cuanto a las medidas que deben ser adoptadas (**solución recogida por nuestro ordenamiento procesal**).²⁴
- Se debe contar con procedimientos para una tutela sumaria o diferenciada con el objeto de obtener una “**tutela eficaz**”, aunque ésta

²² ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina. Pág. 449.

²³ KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 13-18.

²⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel (2004). *Nuevas Tecnologías y Proceso Jurisdiccional en el Ámbito Iberoamericano*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú. Pág. 254.

no constituya una tutela plena y definitiva. Lo que se resuelve en un proceso de cognición sumaria, queda consentido por los interesados y se convierte en definitivo. De este modo, podemos citar como ejemplos a los interdictos, a las acciones posesorias, **al proceso de desalojo de los ocupantes de un inmueble** o al juicio ejecutivo que, en su mayoría, utilizan los procesos de cognición sumaria o limitada.

- En los últimos años, algunas legislaciones angustiadas con el incremento de los litigios en los órganos jurisdiccionales, lo cual se traduce en un retraso a la respuesta judicial, y con el incremento de casos de oposiciones de mala fe; se han incorporado “**técnicas de tutela anticipada**”, para aquellos casos en los que el actor que recurre al órgano jurisdiccional y presente una fuerte probabilidad de existencia de su derecho invocado (una verosimilitud cualificada), obtenga una pronta tutela judicial efectiva.²⁵

En este orden de ideas, se puede opinar que efectivamente las nuevas técnicas a emplearse en determinadas legislaciones, llegarían a ser de gran utilidad para el actor que acude a la autoridad judicial competente con el objeto de conseguir tutela rápida y eficaz respecto de sus derechos que han sido vulnerados.

3.1. LOS PROCESOS URGENTES

Algunos tratadistas consideran que la categoría del “proceso urgente” es más amplia que la del “proceso cautelar”; así la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias.

No obstante a ello, también se puntualizó en la necesidad de regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso

²⁵ REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PUCP. Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú. Pág. 204-208.

urgente, género integrado entre otras especies por las medidas autosatisfactivas.²⁶

En ese sentido, cabe precisar que desde el punto de vista clásico o tradicional, los denominados “procesos urgentes” se referían, únicamente, a las medidas cautelares que se dictaban en el marco de un proceso principal.

Sin embargo, actualmente se afirma que los procesos urgentes no se agotan con las medidas cautelares, siendo su campo de acción mucho más amplio, porque también lo “urgente” está presente en ciertas pretensiones que recaen directamente sobre aspectos sustanciales o de fondo.

Adoptando, entonces, el “proceso urgente” en sentido amplio, este se puede obtener:

- **En forma provisoria**, siendo necesario que se tramite otro proceso principal al cual se encontrará subordinado. Es el caso de la clásica medida cautelar y de la tutela anticipatoria.
- **En forma definitiva**, que se agota en sí mismo, no requiriendo otro proceso al cual subordinarse. Es el caso de la medida autosatisfactiva.

A su vez, la forma definitiva se puede alcanzar a través de:

- ❖ **Una resolución dictada con bilateralidad previa**, donde la parte emplazada ejerce su derecho de defensa antes de que el órgano jurisdiccional emita su decisión definitiva.
- ❖ **Una resolución dictada sin bilateralidad previa**, donde se desplaza transitoriamente la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa por

²⁶ MORELLO, Augusto M. (1996). *Anticipación de Tutela*. Librería Editorial Platense. S.R.L. La Plata - Argentina. Pág. 383-387.

parte de la persona emplazada para después de la decisión del órgano jurisdiccional.

La doctrina al denominar “**proceso urgente**” se refiere al género y, por ello, considera **las siguientes especies**:

a. La Tutela Cautelar Clásica

Son conocidos como presupuestos para la obtención de medidas cautelares la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, exigiéndose la contracautela como requisito para la ejecución de las mismas. La alteración o falta de efectividad de las medidas cautelares se presenta cuando los justiciables se ven obligados a instaurar procesos principales para poder estar en condiciones de solicitar en los mismos, pedidos cautelares, **cuya sustancia es**, en realidad, **lo único que les interesa**.

Así las cosas, es obvio que dichos procesos principales instaurados forzosamente por imperio de la ley, o son liminarmente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar la pérdida, caducidad o cancelación de la medida cautelar obtenida.

b. La Tutela Anticipatoria

La experiencia histórica y las estadísticas de campo efectuadas determinaron que en algunas latitudes se hayan implementado mecanismos procedimentales que permiten al Juez adoptar una decisión “**anticipada**”, sea definitiva, o provisional sobre el mérito de la litis. Son casos evidentes en cuanto al grado de convicción emergente de los hechos constitutivos y, fundamentalmente de la prueba aportada.

La tutela anticipada es entonces, una tutela diferenciada de urgencia que en base a una cognición sumaria y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una

atribución o utilidad que pudiera, probablemente, obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material.

Cuando el Juez concede la anticipación de tutela, lo que en realidad hace es expedirse en todo o en parte sobre la misma materia que será o sería objeto de la sentencia final. Nuestro Código Procesal Civil ha dado cabida a este tipo de tutela, al regular de manera expresa las denominadas medidas temporales sobre el fondo.

La medida anticipatoria posee ciertas características que son comunes a las medidas cautelares típicas, tales como: la instrumentalidad, que no producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia y su acogimiento no configura prejuzgamiento, que son de ejecutabilidad inmediata y revisten carácter de urgente.²⁷

c. La Tutela Satisfactiva Autónoma

Peyrano indica que la medida autosatisfactiva “es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota- de ahí de autosatisfactiva-con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.

Las medidas autosatisfactivas son verdaderos procesos principales y urgentes que resuelven de modo definitivo conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, no siendo por tanto provisorias ni accesorias de otro proceso. Es por ello que se ha creído conveniente desarrollar este tipo de medidas de una manera más detallada.²⁸

²⁷ ESTUDIO DE BELAUNDE & MONROY ABOGADOS (1998). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. Pág. 73.

²⁸ MARTEL CHANG, Rolando (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil*. Palestra Editores. Lima - Perú. Pág. 81-90.

Finalmente, cabe precisar que para obtener un efectivo acceso a un orden jurídico más justo es importante realizar una sistematización de lo descrito en párrafos anteriores. Para tal efecto, tal sistematización debe considerar la estructuración legal de un proceso idóneo, el cual debe contener ciertas características que lo diferencien del proceso ortodoxo, suficientemente flexible y seguro a la vez, que permita una rápida actuación de la resolución que se emita. En ese sentido, pueden tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

- ❖ Que la tutela busque ser diferente apreciando, atenta y permanentemente, su necesaria vinculación con el derecho sustancial que pretende protegerse.
- ❖ Que la tutela solicitada sea automática en virtud de su alta probabilidad de acogimiento.
- ❖ Que se otorgue dentro de un proceso de cognición sumaria.
- ❖ Que lo decidido se ejecute inmediatamente.
- ❖ Que no se limite a la tutela de condena, en cuanto sea posible extenderla a la declarativa, acogiendo, además, la estructura de las sentencias como un instrumento que permite la adecuada actuación de las decisiones que se emitan en un determinado proceso.
- ❖ Que la decisión tenga el valor de cosa juzgada.²⁹

3.2. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

A partir de la detección de situaciones jurídicas acreedoras de una tutela judicial impostergable, pero que no encuadran en el marco de las cautelares tradicionales, tuvo lugar en la última década una proficua labor doctrinaria y jurisprudencial dirigida a crear nuevos estándares instrumentales que las gobiernen.

²⁹ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson (2002). *Realización de los Derechos y Actuación de las Resoluciones. Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima - Perú. Pág.91.

Diversos autores han acuñado denominaciones como: Cautela material (**DE LÁZARI, MORELLO**), cautela satisfactiva (**MORELLO**), medida cautelar autónoma (**AGUSTÍN**), medida autosatisfactiva (**PEYRANO**), proceso urgente no cautelar (**ANDORNO**), tutela inhibitoria (**NICOLAU**), son variantes de denominación que coinciden en lo esencial: nombrar un proceso urgente, no instrumental de otro principal al que se vincule y que por ende, procure la satisfacción definitiva del requerimiento del demandante.³⁰

En cuanto al nomen iuris de las Medidas Autosatisfactivas, inicialmente **Morello** ³¹utilizó la expresión de “**proceso preliminar preventivo**” con el propósito de identificar a una herramienta “que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso”.

Las llamadas medidas autosatisfactivas constituyen un brillante aporte de la doctrina argentina, bajo el cual se agrupan técnicas que buscan satisfacer situaciones que requieren urgente solución, pues se corre el peligro de que se sustraiga la materia. Al igual que las medidas cautelares, el conocimiento que debe realizar el Juez, respecto del objeto del proceso, es de carácter sumario.

Sin embargo, la diferencia radica en que se trata de procesos autónomos, es decir no instrumentados respecto de otro procedimiento, sino propiamente satisfactivos, al igual que cualquier proceso común. El nombre adecuado para estas medidas debería ser **procesos urgentes**, pues, al igual que en los

³⁰ PEYRANO, Jorge W. (1995). *Lo Urgente y lo Cautelar*. En Ius Et Veritas. Año V. No 10. Lima - Perú. Pág. 87-95.

³¹ MORELLO, Augusto.M. (1996). *La Cautela Material*. Editorial Berizonce. Buenos Aires - Argentina. Pág 78.

demás casos, a la finalización de la relación procesal se procura la satisfacción (definitiva).³²

Se entiende por medida autosatisfactiva a la “solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial”³³

Jorge Peyrano³⁴, principal difusor de estas medidas señala que las medidas autosatisfactivas “son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”.

De manera que, estas medidas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas.

En ese sentido, a través de una medida autosatisfactiva lo que se busca es dar una solución urgente mas no cautelar, pues lo que se procura aportar con tal medida es una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención judicial y posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición ulterior de una pretensión principal.³⁵

Las Medidas Autosatisfactivas, pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho”, sin tener que recurrir para tal

³² MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 370.

³³ DE LÁZZARI, Eduardo. *La Cautela Material*. Editorial Platense. La Plata - Argentina. Pág.18.

³⁴ PEYRANO, Jorge W. (1997). *La Tutela de Urgencia en General y la Tutela Anticipatoria en Particular*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. Pág. 465.

³⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinza - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 36-37.

efecto a la postulación de diligencias cautelares que, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces no desean promover los justiciables".³⁶

En base a este concepto podemos decir que las medidas autosatisfactivas constituyen requerimientos urgentes (pues buscan una acertada aplicación del principio de celeridad procesal) formulados por los justiciables ante el órgano jurisdiccional con el propósito de que éste provea, con carácter expeditivo, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan acarrear un daño inminente e irreparable, no siendo necesaria la instauración de otro proceso.

Continuando con el tema de las medidas autosatisfactivas, no existen aún entre nuestros pensadores jurídicos pleno acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de estas medidas, pues la nota de lo urgente no parece suficiente para asimilar las medidas de efectividad inmediata a las cautelares tradicionales.

Peyrano³⁷ ha señalado que "si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar". Parecida puntualización le debemos al maestro rioplatense **Gelsi Bidart** cuando señala que: "no todo lo provisorio es cautelar, ni todo lo cautelar es anticipación de una medida ulterior; ni todo lo preventivo de una daño eventual (un riesgo) es cautelar, dado que puede ser una solución definitiva para que ello no acontezca".³⁸

También, se puede señalar que el cause de las medidas precautorias no es el mejor para canalizar estas medidas de flamante cuño, aún cuando se haya

³⁶ PEYRANO, Jorge (1997). *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. Pág. 497.

³⁷ PEYRANO, Jorge W. (1997). *La Tutela de Urgencia en General y la Tutela Anticipatoria en Particular*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. Pág. 498.

³⁸ GELSI BIDART, Adolfo (1995). *Tutela Procesal Diferenciada*. En *Revista de Estudios Procesales*. Santa Fe. Pág.15.

hasta ahora echado mano de la cautelar genérica para obtener la protección indispensable a falta de otra vía procesal más eficaz.

Ambos institutos se encuentran separados por la calidad instrumental de uno y autónoma del otro, así como el efecto que producen: la cautelar "cristaliza" o "congela" una situación u objeto para asegurar el cumplimiento de la futura sentencia definitiva; la autosatisfactiva satisface ya y definitivamente la pretensión.³⁹

Tampoco es dado asimilar la medida autosatisfactiva a la tutela anticipatoria, porque ésta tampoco genera un proceso autónomo y aunque suministra una cautela material, imponiendo el cumplimiento inmediato, total o parcial, de la prestación reclamada, no deja de ser interinal, sometida a la cláusula "rebus sic stantibus" (Cláusula sobreentendida en los contratos en virtud de la cual se entiende que, las estipulaciones establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento, esto es, estando así las cosas, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones).⁴⁰

El punto de contacto entre todas estas instituciones se encuentra en el carácter de urgente del que todos participan, dado que se trata de tipos procesales unificados por la idea común de la celeridad con que han de desenvolverse para conjurar un peligro, sea éste que se torne ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito o que se frustre el derecho.

En realidad, la nota de lo impostergable se hace presente en el conflicto humano que requiere tutela judicial y no en el proceso en sí, mas como éste ha de estar al servicio del derecho material y no el derecho material al del proceso,

³⁹ PEYRANO, Jorge (1997). *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas*. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes - Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En "El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio". Tomo I. Corrientes.

⁴⁰ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2003). *La Cláusula Rebus Sic Stantibus*. Editorial Tirant to Blanch. Valencia - España. Pág. 328.

imperativo es organizar carriles de trámite eficaces para todas esas situaciones, de donde no se sigue que por fuerza haya de ser un sendero procedimental único.

Por último, se puede establecer que las diversas situaciones presentan caracteres y matices distintos, las vías que se les habiliten con sus requisitos y efectos deben estar adaptadas al mejor servicio de cada una de ellas, por lo que con gran esfuerzo, debemos orientarnos hacia la búsqueda y recepción de nuevas y diversificadas técnicas de tutela.

3.2.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

a. SEMEJANZAS:

- ❖ Ambas pertenecen a la categoría de los procesos urgentes.
- ❖ Ambas buscan dar respuesta jurisdiccional pronta y oportuna a determinados conflictos o situaciones que no ameritan demora.
- ❖ Ambas exigen que exista el peligro en la demora; es decir, la necesidad impostergable de tutela inmediata.
- ❖ Ambas se despachan inaudita et altera pars, salvo en aquellos casos de medida autosatisfactiva donde el Juez estime necesaria una sustanciación previa o audiencia preliminar en vista de la necesidad de comprobación del derecho invocado, cuya fuerte probabilidad no aparece nítida de la demanda y prueba aportada.
- ❖ En ambas, la resolución favorable dictada se ejecuta inmediatamente, pues de actuarse en sentido contrario se contraviene su finalidad.

- ❖ En ambas, los recursos que se interponen contra la resolución que las concede, no son suspensivos de la decisión adoptada, pues sino se frustraría su finalidad.
- ❖ En ambas, el ejercicio del derecho de contradicción se difiere o posterga para después de la decisión judicial, salvo el caso de aquellas medidas autosatisfactivas donde el Juez estime necesaria una substanciación previa o audiencia preliminar en vista de la necesidad de comprobación del derecho invocado, cuya fuerte probabilidad no aparece nítida de la demanda y prueba aportada.

b. DIFERENCIAS:

- Las medidas autosatisfactivas, a diferencia de las cautelares, satisfacen definitivamente la pretensión contenida en la demanda.
- Los presupuestos de la medida cautelar son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela para su ejecución. En cambio, para la autosatisfactiva se exige daño inminente e irreparable, fuerte probabilidad del derecho invocado y la prestación de contracautela sujeta al arbitrio del juzgador.
- La medida cautelar es un proceso instrumental, en tanto que la autosatisfactiva es un proceso autónomo.
- La medida autosatisfactiva no es provisional ni variable, como sí lo es la cautelar.
- La resolución dictada en la medida autosatisfactiva, si ha quedado firme, constituye cosa juzgada, calidad que no corresponde en ningún caso a la resolución cautelar.

- Para la decisión cautelar el Juez prejuzga, en tanto que para la autosatisfactiva, juzga.⁴¹

4. EL DERECHO DE ACCIÓN

El derecho de acción constituye el derecho de recurrir al órgano jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva, motivo por el cual, es preciso mencionar que el Estado mantiene el monopolio de la administración de justicia (jurisdicción) ya que los ciudadanos no pueden tomarla y ejercerla a su voluntad; así, es el Estado el encargado de esta función pública, la cual realiza a través o por medio del proceso, pero para que el Estado pueda ejercer su función mediante la tramitación de un proceso, se requiere que el individuo solicite la tutela jurídica, ya que el proceso funcionará en la medida que la parte lo inicie, todo en función de los principios romanos «nemo iudex sine actore» y «**ne procedat iure ex officio**», y ese ejercicio o iniciativa de reclamar el poder o la tutela jurisdiccional es denominado acción. Sobre este punto, es preciso señalar que el vocablo acción proviene del latín *actio*, que significa ejercer, realizar, el efecto de hacer, posibilidad de ejecutar alguna cosa.

En ese orden de ideas, cabe precisar que para **Véscovi**, la acción consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el Poder Judicial o tribunales), y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso, por lo que en definitiva quien ejerce el poder tendrá respuesta: “la sentencia”.

Este mismo autor señala que la acción consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia, por lo que la finalidad, es tener acceso a la jurisdicción, siendo el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada.

⁴¹ MARTEL CHANG, Rolando (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil*. Palestra Editores. Lima - Perú. Pág. 155-157.

Por lo que, concluye conceptuando a la acción, como un derecho subjetivo procesal, y por consiguiente, autónomo e instrumental, o el poder abstracto de reclamar ante el juez (el órgano jurisdiccional del Estado) un determinado derecho concreto, éste sí, que se llama pretensión.⁴²

Podemos mencionar que la Función Jurisdiccional es, ciertamente, una obligación asumida por el Estado, cuando éste prohíbe el ejercicio del propio derecho a los interesados. Frente a esta obligación esta el Derecho de Acción, como derecho a que el Juez O Sala, a través de sus miembros, realice la función jurisdiccional. Una inevitable pregunta, ante lo dicho, es ¿quién tiene ese derecho de acción? Ante esta pregunta quiero decir que no tiene Acción toda persona que actúe procesalmente. Para tener derecho de acción se han de dar determinados presupuestos y requisitos. Si no se dan se podrá actuar, se podrá, incluso, iniciar un proceso, pero ese mismo proceso servirá para declarar la falta de Acción o el defectuoso ejercicio de ese derecho.⁴³

Rengel Romberg⁴⁴, define la acción como el derecho subjetivo o el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar al juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado.

Para **Couture**, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión; ya no es el derecho material del actor ni su pretensión a que ese

⁴² VÉSCOVI, Enrique (1984). *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. S.A. Bogotá - Colombia. Pág. 134-136.

⁴³ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomas Moro. Edición Espasa Calpe. S.A. Madrid, 2007. Impreso en España. Pág. 43-44.

⁴⁴ RENGEL ROMBERG, Arístides (1991). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Editorial Ex Libris. Caracas - Venezuela. Pág. 78-96.

derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales.⁴⁵

Devis Echandía⁴⁶, define la acción como el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso. Dice el autor que la acción es una actividad jurídica por naturaleza, puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades. Es subjetivo, dado que no es un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieran recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción. Asimismo, el mismo autor manifiesta que la acción es un derecho autónomo, público, individual o abstracto, que pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado y cuyo origen puede ser común a todos los derechos de petición a la autoridad.

Los sujetos de la acción son únicamente el actor (sujeto activo) y el Estado a quien se dirige a través del Juez, que es el órgano mediante el cual se actúa (sujeto pasivo). Ni el demandado ni el imputado son parte de la acción, únicamente lo son de la pretensión o acusación. Finalmente, señala este autor que el objeto de la acción es hincar el proceso y a través de él obtener la sentencia que lo resuelva.⁴⁷

⁴⁵ COUTURE, Eduardo (1985). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Ediciones Desalma. Buenos Aires - Argentina. Pág. 175.

⁴⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). *Teoría general del Proceso*. Tomo I. Editorial Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires - Argentina. Pág. 172

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad de Buenos Aires. Tomo I. Buenos Aires - Argentina.

Bello Lozano, manifiesta que la acción es el nervio del derecho procesal, y el fin del Estado moderno, pues es solamente a él a quien corresponde resolver los conflictos surgidos entre las personas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en el estudio y decisión de los litigios aplicando a cada caso en particular, el derecho subjetivo.⁴⁸

Como expresa **Pineda León**, citado por **Bello Lozano**, la acción es el derecho puesto en pie de guerra, para enervar los obstáculos que se oponen en contra de su eficacia. En tal sentido, la acción es el derecho, poder o potestad que tiene toda persona natural o jurídica, en fin, todo ciudadano de reclamar del Estado la jurisdicción, solicitándole un derecho determinado o concreto, que es la pretensión, para obtener como resultado el proceso, el cual terminará mediante la decisión que resuelva el conflicto planteado.

Por su parte, **Savigny**⁴⁹ conceptuaba a la acción como la relación que nace al titular del derecho en el caso de su violación: “La relación que de la violación resulta; es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, es denominado derecho de acción o acción”.

Como puede observarse, la acción para **Savigny**⁵⁰ nacía como consecuencia de una segunda relación jurídica, surgida de la violación del derecho. Para toda la doctrina que lo sucedió, hasta nuestros días, el concepto de acción está ligado a dos presupuestos implícitos: El primero es consecuencia del paradigma racionalista del sistema jurídico. En cambio, el otro está ligado al concepto de *litis contestatio*, comprendido por el Derecho Romano como el contrato judicial, a través del cual las partes creaban una relación obligacional,

⁴⁸ BELLO LOZANO, Humberto (1987). *Los Trámites Procesales en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Editorial Estrados. Cuarta Edición. Caracas - Venezuela. Pág.345-349.

⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Kart Von (2002). Citado en el II Congreso Internacional de *Derecho Procesal sobre Racionalismo y Tutela Preventiva en Derecho Civil*. Fondo de Desarrollo Editorial. Universidad de Lima. Lima - Perú. Pág. 16.

⁵⁰ SAVIGNY, Friedrich Kart Von (2002). Citado en el II Congreso Internacional de *Derecho Procesal sobre Racionalismo y Tutela Preventiva en Derecho Civil*. Fondo de Desarrollo Editorial. Universidad de Lima. Lima - Perú. Pág. 20.

transformando el derecho litigioso, ya sea real o personal, en virtud de ese nuevo vínculo, en derecho obligacional de modo de perpetuar la relación existente en el derecho romano entre obligatio - actio - condemnatio.

4.1. LA ACCIÓN CAUTELAR

Genéricamente y tomando como referencia el concepto de acción brindado por **Véscovi**⁵¹, este tipo de tutela confiere un derecho subjetivo, público y autónomo a toda persona, la cual tiene, asimismo, el derecho de poder recurrir al órgano jurisdiccional y pedir el amparo de su demanda. Dentro de esta concepción genérica, la petición de una medida cautelar es una forma especial de la acción procesal que goza de autonomía e independencia.

Es así que **Giuseppe Chiovenda**⁵² fue el primero en afirmar que la petición de una medida cautelar importa en sí misma el ejercicio de un derecho; es decir, que la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional, viene a ser entonces un derecho autónomo, que compete tanto al actor como al demandado y aún a los terceros ajenos al proceso, el cual puede ser ejercido independientemente o en forma incidental (antes o después de la acción principal). En tal caso, son aplicables las condiciones generales para el ejercicio y admisión de las acciones (calidad, derecho, interés).

De manera que, las medidas cautelares por ser de naturaleza especial están sometidas a otras condiciones que constituyen precisamente su fundamento. En primer lugar es necesaria la apariencia de un derecho. En este aspecto, cabe mencionar dos intereses opuestos: **el de quien afirma un derecho, y el de quien lo niega**; el primero puede triunfar en definitiva. Sin embargo, el segundo también puede resultar absuelto de la demanda.

⁵¹ VÉSCOVI, Enrique (1984). *Teoría general del Proceso*. Editorial Temis. S.A. Bogotá - Colombia. Pág. 24.

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe (1998). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Bookseller. Volumen I. Pág. 199.

El juez resolverá recién en la sentencia sobre quién tiene la razón y, hasta ese momento, nada autoriza a suponer que la resistencia es infundada, no obstante cuando existe la presunción de que la demanda es fundada, el juez debe acogerla provisoriamente; por eso es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado.⁵³

Por ello, acudir al órgano jurisdiccional en busca de la concesión de una determinada medida cautelar que asegure el pronunciamiento de la decisión final en el proceso, constituye el poder jurídico actual, la pretensión o el ejercicio del derecho que tiene un fin expreso: **el cumplimiento de lo que dispone el orden jurídico o la actualización de la voluntad de tutela jurídica.**

Asimismo, cabe destacar que ese poder es actual, pues no sabemos si el derecho garantizado existe, o incluso si al final va a ser amparado o no. Lo que ocurre en realidad es que sólo se va a dar cumplimiento a lo que manda el ordenamiento jurídico, a través de una sentencia, de una ejecución o de una medida cautelar, y “para cualquiera de estos fines, es necesario ejercitar el derecho de acción”.

De allí, que la medida cautelar tiene la característica de ser autónoma y puede ser acaparada. Sin embargo, el proceso o demanda (principal) puede resultar infundada. En ese caso, la medida cautelar caducará pero sin efecto retroactivo.

Según la legislación comparada, la teoría concreta de la acción formulada originalmente por un sector de la doctrina alemana a finales del siglo pasado y principios del presente, conciben a la acción como la “**pretensión de tutela del derecho**”; es decir “no como un derecho al proceso simplemente, sino a una tutela jurisdiccional favorable a su titular. En otras palabras, no como un

⁵³ HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. (2000). *Proceso Cautelar*. Editorial Ediciones Jurídicas. 3ra. Edición. Lima -Perú. Pág. 29-30.

derecho a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia, sino como un derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional pretendida”.⁵⁴

El **derecho de acción**, es como su propio nombre lo indica, un derecho que le es inherente a toda persona, el cual se ejercita con la única finalidad de solicitar al Estado la tutela jurisdiccional respecto a un asunto determinado, pues la persona que lo ejercita concreta en realidad una pretensión procesal.⁵⁵

En síntesis, podemos decir que la **acción cautelar** es el poder jurídico actual, la pretensión, el ejercicio del derecho que posee toda persona (demandante, demandado o tercero) y que se endereza a la tutela de ese derecho por el órgano jurisdiccional a través de un embargo o de cualquier otra medida similar, con independencia del proceso principal.

5. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En principio, es preciso hacer referencia que en el **Derecho Romano**, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La Pignoris Capio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda, motivo por el cual constituía en una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su

⁵⁴ CAROCCA PÉREZ, Alex (1998). *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Editorial Bosch. Barcelona -España. Pág. 103.

⁵⁵ LOUTAYF RANEA, Roberto. Citado por la Academia de la Magistratura. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires - Argentina. Pág. 08.

caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio. También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos.

Con posterioridad, las legis acciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver, otorgándole el poder de juzgar, así, le daba la fórmula a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

En el Derecho Español, encontramos en las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.

Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español

sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; ésta Ley tampoco reguló de modo especial a las medidas preventivas: las dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes suficientes como para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo.

Siguiendo, es preciso resaltar que históricamente en el Perú nunca se había legislado orgánicamente sobre el proceso y las medidas cautelares, antes de 1993. De manera que: El Código de Enjuiciamiento en materia civil, en vigor desde el 28 de julio de 1852, no regula de manera sistemática el proceso y la medida cautelar, ni tampoco los requisitos para su impulso. Por influencia del Código español, nuestro codificador reducía el ámbito institucional de la medida cautelar al embargo. Es por ello que sólo regulaba, para evitar que el juicio sea ilusorio en sus efectos, los embargos en forma de retención, depósito e intervención.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, derogado en 1993, continúa con esa política legislativa y vuelve a reducir el proceso cautelar al embargo; no la legisla de manera integral y sistemática. Asimismo, no incidía en los presupuestos y requisitos que se necesitan.

Fue recién con el Código Procesal Civil, en vigor desde el 28 de julio de 1993, que se reglamentó de manera orgánica y sistemática la medida cautelar, donde incluso el proceso cautelar es uno de los cinco tipos de proceso que existen. En suma, el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la medida cautelar hasta 1993 fue deficiente, ya que ello se reducía tan sólo al tema del embargo.

6. EL PROCESO CAUTELAR

En principio, es pertinente mencionar que tanto en la doctrina nacional como extranjera no existe uniformidad en cuanto a la naturaleza y denominación que se le pueda brindar al proceso cautelar, a las acciones o medidas cautelares, dado que estas últimas casi siempre reciben la denominación de “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas de seguridad”, “medidas urgentes”, “medidas provisionales”, “medidas de cautela”⁵⁶, “providencias conservatorias o interinas”⁵⁷

En ese sentido, cabe precisar que el Código Procesal Civil no brinda una definición de Proceso Cautelar. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de este instituto de carácter jurídico - procesal, es posible sacar las siguientes conclusiones:

- ❖ **“Proceso”**.- Viene a ser el transcurso del tiempo, conjunto de fases o etapas de un acontecimiento, conjunto de actuaciones y resoluciones, litigio sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional”. Por lo tanto, todo proceso implica el conjunto de actos coordinados y progresivos (actos de dirección y de instrucción) que le van a permitir al Estado (a través de los Jueces) dar la respuesta jurisdiccional adecuada a las pretensiones propuestas por el accionante.⁵⁸
- ❖ **“Cautela”**.- Viene a ser el conjunto de medidas que el Juez puede tomar, según las circunstancias, antes o durante el trámite de un proceso.

⁵⁶ PODETTI, José Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Ediar. Tomo IV. Buenos Aires - Argentina. Pág. 12.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial El Foro. Buenos Aires - Argentina. Pág. 31.

⁵⁸ LOUTAYF RANEA, Roberto. Citado por la Academia de la Magistratura. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires - Argentina. Pág. 08.

Consecuentemente, “**Proceso Cautelar**” es la institución jurídica constituida por el conjunto de medidas protectoras, las cuales son decretadas por el Juez en un proceso, a efectos de asegurar el resultado final”.⁵⁹

Otros tratadistas mencionan que el proceso cautelar es aquel que se origina en una pretensión cautelar, de manera que constituye el conjunto de actos que desde esta pretensión cautelar se desarrollan en forma coordinada y progresiva, tendientes a obtener una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictarse en un determinado proceso.

Este proceso, por su propia naturaleza, tiene características que lo distinguen de los demás. **Es sumarísimo**, pues su tramitación es muy rápida, debido principalmente al peligro en la demora; **es reservado**, dado que momentáneamente se suspende el contradictorio y la bilateralidad (inaudita altera pars); **es autónomo**, pues se sustancia al margen de la demanda principal.

En virtud de lo mencionado en el párrafo anterior, se han dado diversas discrepancias en la doctrina sobre la autonomía o no del proceso cautelar. Un determinado sector manifiesta que no existe tal autonomía, pues se han encuadrado a las medidas cautelares dentro de la sistemática del proceso de declaración o de ejecución.⁶⁰

Por su parte, **Podetti**⁶¹ señala que no existe un proceso cautelar específico, ya que solo podría hablarse de un proceso cautelar autónomo cuando la medida se interpone separadamente del proceso donde se actuará el derecho.

⁵⁹ ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2002). *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 865-867.

⁶⁰ LOUTAYF RANEA, Roberto. Citado por la Academia de la Magistratura. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires - Argentina. Pág. 11.

⁶¹ PODETTI, J.R. (1956). *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Ediar. Tomo IV. Buenos Aires - Argentina. Pág. 37.

Sin embargo, esta apreciación es refutada por **Palacio**, porque ello atiende exclusivamente a una mera contingencia que no repara en la estructura del proceso cautelar y, aún dentro de los términos en que aparece enunciado, no importa el hecho de que se soliciten antes o después de la interposición de la demanda mediante la cual se inicia el proceso principal, las medidas cautelares se tramitan como regla general, en expediente separado.⁶²

De manera que, podemos decir que generalmente la expresión proceso cautelar se utiliza para indicar el fenómeno del desenvolvimiento de la función jurisdiccional cuando ésta se dirige a emitir providencias cautelares. Se refiere al fenómeno procesal en sí.

Supone un mecanismo o instrumento mediante el cual una de las partes (demandante), busca que el juez disponga una medida cautelar de manera anticipada que sirva de garantía para la ejecución del fallo definitivo, cuando éste sea dictado, pues existe un peligro de que éste no sea efectuado.

Otros tratadistas señalan que el proceso cautelar es aquel que tiene por objeto una verdadera **pretensión cautelar** (la tutela anticipada y provisional del derecho o interés de las personas involucradas en un proceso judicial determinado), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo.⁶³

Por su parte, **Enrique Vescovi** sostiene que el proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a la resolución de conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etcétera) y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares

⁶² MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 34.

⁶³ KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinza - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 20.

una conducta jurídica, adecuada al derecho, y a la vez, brindar a éstos la tutela jurídica. En tanto que el procedimiento debe entenderse tan solo como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso.⁶⁴ Sin embargo, la naturaleza jurídica de este proceso es compleja y discutible.

Así, por un lado se afirma su autonomía, es decir, la existencia de rasgos que los diferencian de cualquier otro proceso como, por ejemplo, tener una vía procedimental específica, fines propios y, sobre todo, una pretensión que sólo puede resolverse en su interior. No obstante de ello, es imprescindible admitir que su principal característica es la de tratarse de un proceso instrumental, puesto que está al servicio de otro proceso, específicamente de aquel en donde se discute la pretensión principal.

Por consiguiente, su independencia es de tal magnitud que si en el proceso principal ya no fuera a expedirse una decisión definitiva, sea porque el demandante se desistió de la pretensión, sea por cualquier otra razón; el proceso cautelar habrá perdido su razón de seguir existiendo.

7. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

El procedimiento cautelar indica una serie de actos que suceden según un orden cronológico, previamente establecido por las normas de derecho procesal, desde el momento de inicio del fenómeno hasta su finalización. No obstante a ello, existen tratadistas que suelen utilizar el término procedimiento cautelar como sinónimo de proceso cautelar; por lo que, a tenor de lo expresado en párrafos anteriores, no es lo correcto.

Asimismo, éste procedimiento alude al fenómeno externo, a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la

⁶⁴ VÉSCOVI, Enrique (1984). *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá - Colombia. Pág.103.

jurisdicción, en suma los sujetos del proceso; conforme a las pautas preordenadas por la Ley Procesal.⁶⁵

La expresión procedimiento cautelar indica las formas y los modos predispuestos por las normas procesales para la sucesión y el desarrollo de aquellos hechos o actos con que se desenvuelve el fenómeno procesal (proceso cautelar).

En ese sentido, se puede decir que el procedimiento cautelar viene a ser el conjunto de actos o hechos concatenados que se desarrollan conforme al Código adjetivo, que van desde el inicio hasta la conclusión por medio de un fallo.

8. LA PRETENSIÓN PROCESAL Y LAS PRETENSIONES CAUTELARES

En principio, es pertinente señalar que debemos entender por “**pretensión procesal**” al ejercicio del derecho autónomo y abstracto de la acción que, materialmente no puede ser ejercido sin estar acompañado de modo ineludible por una pretensión. De tal manera que, el ejercicio del derecho de acción se efectúa mediante la presentación de una demanda. Los conceptos de demanda, acción y pretensión son correlativos y se apoyan en forma recíproca y, para mayor explicación es necesario hacer una conjunción de tales conceptos.

Así, tenemos que: la **demand**a consiste materialmente en un documento cuya presentación al Juez, exterioriza el ejercicio del derecho de **acción** (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la **pretensión**.

⁶⁵ GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2000). *Tesis de Cautela y Contracautela en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 33-35.

Por consiguiente, la **pretensión procesal** es la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico), mediante la cual el actor pretende que el Juez emita, después de un proceso, una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que se le presenta a su conocimiento.

El objeto final de la pretensión procesal, puede distinguirse en dos aspectos: un aspecto, que puede calificarse como genérico y necesario, el cual consiste en la respuesta jurisdiccional que se da a la pretensión planteada por el actor, la misma que puede estar a favor o en contra de la pretensión del demandante, asimismo ésta debe ser brindada necesariamente por el Estado como consecuencia de la prohibición de hacer justicia por mano propia. El segundo aspecto, que puede calificarse como específico y condicionado, consiste en el concreto pronunciamiento jurisdiccional solicitado por el demandante: es específico en cuanto el actor indica clara y concretamente el pronunciamiento jurisdiccional que solicita. Y, es condicionado en cuanto está supeditado a que el Tribunal reconozca la procedencia de lo solicitado.

Consecuentemente, la causa de la pretensión procesal es la concreta situación jurídico-material invocada por el actor a la que atribuye una consecuencia jurídica que pretende resguardar con la medida cautelar solicitada.⁶⁶

Después de haber dado algunos alcances sobre la pretensión procesal, es oportuno hacer una breve referencia a las llamadas “**pretensiones cautelares**”, son aquellas a través de las cuales se intenta lograr no la declaración de un derecho ni la ejecución de una prestación sino “**el aseguramiento anticipado de un hecho (Ejemplo: la comprobación judicial del estado de alguna cosa en cierto lugar y tiempo) o de un derecho (Ejemplo: la garantía para el acreedor de que su deudor no perderá sus bienes como consecuencia de caer en estado de insolvencia que**

⁶⁶ LOUYTAF RANEA. Citado por la Academia de la Magistratura en sus *Materiales de Lectura sobre las Medidas Cautelares*. Lima - Perú. Pág. 10-11.

imposibilitará cobrar la acreencia luego de ser declarado el derecho a hacerlo)”⁶⁷

9. LA PROVIDENCIA O RESOLUCIÓN CAUTELAR

Antes de desarrollar el punto de la Providencia o Resolución Cautelar, debemos definir que es **Providencia** “Resolución de un Juez o de un tribunal que tiene por objeto la ordenación material del proceso”.⁶⁸

Providencia cautelar es el fallo o resolución que resulta de la acción y de los procesos cautelares. Muchos tratadistas generalmente suelen hablar más de providencias que de medida cautelar, o a veces indistintamente. Sin embargo, la diferencia es muy clara. **Providencia Cautelar** es el fallo todavía **no** ejecutado.

Es aquella resolución que pone fin al procedimiento destinado a obtener una medida cautelar. El término resolución cautelar se utiliza en sentido genérico, debido a que no solo implica todo lo atinente a las medidas cautelares, sino también aquellos supuestos en los cuales se cierra el cuaderno cautelar “sin la concesión de la medida”.

El **Principio de Preclusión**, es un método de sistematización por el cual se ordena el proceso en etapas o fases sucesivas, de tal manera que en cada una de ellas sólo podrán efectuarse determinadas actuaciones, con ello, una vez resuelto el incidente cautelar - concediéndose o no la medida - y habiéndose agotado todos los actos procesales posibles respecto de él (interposición de medios impugnatorios o impugnaciones pendientes de resolver, etc.), no

⁶⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 97-123.

⁶⁸ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Edición Espasa Calpe. S.A. Madrid, 2007. Impreso en España. Pág. 1201.

quedará lugar para la discusión acerca de la pertinencia de conceder o no la medida cautelar.⁶⁹

Es preciso establecer la diferencia que existe entre la providencia y la medida cautelar. Así, podemos decir que la **medida cautelar** es la providencia cautelar; es decir **la resolución** (Auto) **llevado a cabo**. Por otro lado, entre la medida cautelar y la sentencia, hay una característica esencial con respecto a su mutabilidad, lo cual conlleva a diferenciarlas. La medida cautelar es esencialmente mutable; es decir que incluso después de haberse llevado a cabo podrá ser sustituida por otra medida, o inclusive ampliarse, disminuirse o variarse.

En ese orden de ideas, es preciso mencionar que la **sentencia cautelar** al igual como ocurre en general con todas las decisiones jurisdiccionales, contiene un aspecto declarativo; es decir que declara el derecho en un determinado proceso. No obstante, existe una particularidad que la distingue, la cual consiste en que la **declaración que hace no es en grado de certeza**, sino simplemente de verosimilitud del derecho. Y, según sea mayor o menor la verosimilitud del derecho, ello determinará la graduación de la Contracautela exigida.

Siguiendo, podemos mencionar que la sentencia o providencia cautelar constituye la respuesta jurisdiccional del Estado al objeto final de la pretensión procesal, cumpliendo de esta manera con el deber asumido por el Estado de brindar la protección jurisdiccional cuando le fuere requerido por el accionante que ha visto vulnerado alguno de sus derechos.

En otras palabras, la resolución cautelar no sólo es una mera providencia cautelar sobre el proceso, sino que constituye una providencia de mérito que se pronuncia sobre el fundamento de la acción cautelar.

⁶⁹ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 281-284.

Como sabemos, la facultad de dictar medidas cautelares es inherente a quienes integran la jurisdicción judicial; vale decir al Poder Judicial y, a la finalidad misma del establecimiento de ese Poder. Asimismo, podemos señalar que en la gran mayoría de legislaciones, incluyendo la nuestra, los árbitros carecen de la posibilidad de coacción, dado que no pueden decretar medida cautelar alguna. Sin embargo, según los estudios realizados por **GOZAÍNI**,⁷⁰ en Europa, principalmente en Alemania, Austria e Italia, han coincidido en asignar al árbitro, por vía convencional, la posibilidad de dictar medidas cautelares.

En tal sentido y a manera de ejemplo, podemos citar algunas jurisprudencias en las que se deja en claro que: “En virtud de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. De igual manera, agregan que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad que persigue el instituto cautelar”.

Por último, manifiestan que “La cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud, obteniendo como resultado el valor no de una declaración de certeza, sino sólo de hipótesis que en el transcurso del proceso y al momento de dictarse la providencia principal, podrá verse si esta corresponde con la realidad.”⁷¹

9.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PROVIDENCIA CAUTELAR

- a.** No tiene el efecto de la cosa juzgada, ya que puede ser modificada en el curso del proceso en el que se concedió, tantas veces como se modifiquen las circunstancias que le dieron origen.

⁷⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1997). Citado por Juan Monroy Gálvez. *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. La Conciliación en el Código Procesal Civil del Perú: Teoría y Técnica*. Editorial PUCP. Lima - Perú. Pág. 97.

⁷¹ LOUYTAF RANEA. Citado por la Academia de la Magistratura en sus *Materiales de Lectura: Las Medidas Cautelares*. Lima - Perú. Pág. 8-9.

- b. Al expedirla el Juez, no examina el derecho que se tramita en el proceso principal, no le interesa la certeza de su existencia, sólo le basta la apariencia del mismo.

En realidad, la diferencia sustancial que existe entre la medida cautelar y la providencia cautelar versa en el **fallo**, el cual todavía no ha sido ejecutado.

10. DEFINICION DE MEDIDA CAUTELAR

En principio, es preciso señalar que el término medida significa prevención, disposición; a su vez, prevención equivale al conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, las medidas cautelares son aquellas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.⁷²

Se ha venido sosteniendo por innumerables tratadistas que, las medidas cautelares surgen ante la insuficiencia del órgano jurisdiccional de garantizar que la sentencia que ampara la pretensión planteada en un proceso, sea satisfecha; ello por el inevitable transcurso del tiempo necesario para llevar a cabo los actos procesales que garanticen un debido proceso para las partes y además, porque no sólo se trata del tiempo previsto por la norma para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso. Como sabemos, en la práctica la realidad desborda ampliamente tal previsión temporal, tal como lo señala el tratadista **Blasco Pellicer**.⁷³

En efecto, la sobrecarga procesal hace que los procesos se dilaten en exceso, incrementándose así la posibilidad de que lo pretendido pierda su razón de ser

⁷² LA ROCHE, Ricardo. *Medidas Cautelares*. Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulía - Maracaibo.

⁷³ BLASCO PELLICER, Ángel (1996). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral*. Editorial Civitas. Valencia - España. Pág. 21-22.

o no pueda ejecutarse, ya sea por acción del propio tiempo o por la acción maliciosa de la otra parte.

Ahora bien, de no asegurarse la ejecución de la sentencia, entonces el Estado no habría cumplido con su obligación de otorgar a todo ciudadano, la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución Política vigente reconoce.⁷⁴

En este orden de ideas, la medida cautelar denominada también “**preventiva**” o “**precautoria**”, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.⁷⁵

Tanto para **Carnelutti**⁷⁶ como para **Piero Calamendrei**, la medida cautelar no es la actividad, proceso, fallo-cautelar un *tertium genus*, pues ella puede encontrarse tanto en la cognición como en la ejecución. De tal modo que, puede hablarse de un proceso (fallo) cautelar de cognición (o declarativo) y de un proceso (fallo) cautelar de ejecución.⁷⁷

En ese sentido, no existe mayor diferencia con relación a lo establecido por la doctrina alemana, ya que esa doctrina los sitúa como apéndice de la ejecución forzada. O, a la inversa, se anexa el proceso cautelar al proceso de cognición.

⁷⁴ VECINA SIFUENTES, J. (1993). *Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional*. Editorial Colex. Madrid - España. Pág. 28.

⁷⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 15.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción Sentís Melendo. Buenos Aires - Jurídicas Europa América 1973. Argentina. Pág. 21

⁷⁷ CALAMANDREI, Piero (1945). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina. Pág. 34.

Sin embargo, **Giuseppe Chiovenda** ⁷⁸ pudo superar esta duda y sostuvo provisoriamente que “la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución”; es decir, tres tipos de proceso: Proceso de Cognición, Proceso de Ejecución y Proceso Cautelar, que es como modernamente se le entiende, y así también nuestro Código Procesal Civil vigente.

Es a partir de ahí, que ha surgido una diferenciación entre varios conceptos y manifestaciones (acción, proceso, providencia y medida) de la actividad cautelar. **Martínez Botos**, por su parte nos da un concepto de medida cautelar y nos dice que “es aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. ⁷⁹

Monroy Palacios, conceptúa a la medida cautelar como aquel instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba. ⁸⁰

De Lázzari señala por su parte que, las medidas cautelares constituyen una actividad preventiva que, enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro y a partir de una base de razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante,

⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe (1948). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid - España. Pág. 38.

⁷⁹ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 28.

⁸⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Industria Gráfica. Lima - Perú. Pág. 85-86.

según las circunstancias y, exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no sea recibida, la solicitud de determinada medida cautelar va a lograr de alguna manera anticipar los efectos de la decisión de fondo, ordenando la conservación o mantenimiento del estado existente o, a veces la innovación del mismo, según la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.⁸¹

Por ello, no puede existir confusión entre proceso cautelar y medida cautelar, como tampoco puede haberla entre ésta y providencia cautelar. Al respecto, **Juan Monroy Gálvez** señala que por medio del proceso cautelar podemos obtener una medida cautelar.

Toda medida cautelar tiene dos fines: uno concreto y otro abstracto. En cuanto al primero, con la medida cautelar se pretende asegurar que el fallo definitivo se cumpla, y con respecto al segundo, se busca lograr el fortalecimiento de la confianza social en el servicio de justicia con el siguiente criterio: si las decisiones finales se van a poder ejecutar; es decir si van a ser eficaces, entonces se va a prestigiar el servicio de justicia ante su comunidad.

En tal sentido, las medidas cautelares no son autónomas, sino accesorias de un juicio principal, en su generalidad se entiende que, como garantía contra la aplicación de las mismas está la contracautela real a la que nos suscribimos siguiendo la orientación de conocidos tratadistas como **Podetti; Cernelutti, Eduardo N. de Lázzari, Norberto J. Novellino, Martínez Botos** y otros.

Asimismo, es preciso establecer la diferencia que existe entre **la providencia y la medida cautelar**. Así, podemos decir que la medida cautelar es la providencia cautelar; es decir el fallo llevado a cabo. Por otro lado, entre la medida cautelar y la sentencia, hay notorias diferencias. La medida cautelar es esencialmente mutable; es decir que incluso después de haberse llevado a

⁸¹ NÉSTOR DE LÁZZARI, Eduardo (1989). *Medidas Cautelares*. Editorial Platense. La Plata - Argentina. Pág. 6.

cabo podrá ser sustituida por otra medida, o inclusive ampliarse, disminuirse o variarse.

Indudablemente la medida cautelar tiene un papel trascendente dentro de los fines primordiales de la jurisdicción, constituyendo una de las tres formas en que ésta se manifiesta (a la cognición y a la ejecución, debe agregarse la actividad cautelar).

En realidad, no existe una definición uniforme de medida cautelar. Por ello, en principio es necesario resaltar ciertas características que la tipifican:

- Es un instituto de raigambre procesal.
- Es un medio de prevención (la eficacia de la sentencia que recaiga en el proceso principal).
- Forma parte de la actividad cautelar por lo que constituye una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Según la definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las denominadas medidas cautelares tienen por objetivo proteger derechos cuyo reconocimiento, se pide al juez, preservando al mismo tiempo el statu quo, tanto de hecho como del derecho.

En la práctica estas medidas permitirán a un acreedor asegurarse contra el riesgo de no ser pagado, recurriendo a dos técnicas: convertir en inalienables los bienes del deudor o gravarlos con las garantías que confieren al acreedor un derecho de ejecución, si estos bienes cambian de manos.⁸²

La medida cautelar también es denominada medida precautoria o preventiva, la cual constituye una institución procesal por la cual el órgano jurisdiccional, a petición de quien ostenta un derecho verosímil y que se halla en peligro, expide

⁸² NORO VILLAGRA, Jorge (2001). *Las Medidas Cautelares*. Editorial Platense. La Plata - Argentina. Pág. 111-119.

un fallo provisional que tiende a asegurar el cumplimiento de la sentencia que pueda recaer en el proceso principal.

Cabe precisar que el Boletín Informativo de la Gaceta Judicial del Poder Judicial nos brinda el siguiente concepto de medidas cautelares y nos dice que: “Las medidas cautelares son medios técnicos considerados como procesos autónomos que tienen como finalidad asegurar a un justiciable el cumplimiento de la decisión judicial que pueda dictarse en el proceso principal que dilucide la pretensión sustancial planteada o por plantearse”.⁸³

Vemos así que en nuestro país, el Artículo 608º del Código Procesal Civil disciplina que **“todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**.

Por lo tanto, podemos decir que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impiden o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto.

Una medida cautelar no constituye en definitiva una situación jurídica, dado que genera un cambio jurídico o material con la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión definitiva que va a ser expedida en el proceso principal. Consecuentemente, la medida cautelar no crea una situación jurídica a partir de la cual se puedan transmitir o disponer otros derechos.⁸⁴

⁸³ Medidas Cautelares (2004). Jurisprudencia preguntas y respuestas. Suplemento mensual “diálogo con la jurisprudencia”. Pág. 27 Enero 2004.

⁸⁴ MONROY PALACIOS, Juan José (2004). *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 71.

- **La Gaceta Judicial del Boletín Informativo del Poder Judicial afirma que:**

Toda medida cautelar es de por sí accesorio, y por lo tanto, son rarísimas las situaciones en que se dan con carácter autónomo; como se ve la doctrina y los tratadistas tienen sus criterios divididos pero, habiendo zanjado la dificultad al considerar que siempre en alguna medida, están sujetos a un juicio principal, llegamos a la conclusión de que en modo alguno podemos considerarla genéricamente como una institución autónoma y por lo tanto, al no ser considerada por nosotros como tal, concluimos diciendo: **“las medidas cautelares a nuestro criterio y al igual que los tratadistas de reconocida fama, no son instituciones autónomas sino accesorias de un juicio principal”**.⁸⁵

10.1. OPINIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

Algunos tratadistas como **Carnelutti**⁸⁶, denomina medida cautelar “al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para el buen fin de otro proceso); es decir, del proceso definitivo”, pudiendo ser este último contencioso, de conocimiento o de ejecución. Este concepto, si bien es en sustancia aceptado por parte de la doctrina moderna, se halla muy lejos de configurar un criterio uniforme.

Palacio⁸⁷, puntualiza que algunos autores, sin perjuicio de recurrir al empleo de otras denominaciones, aluden también a una “acción cautelar o asegurativa”, en tanto compete a quien la ejerce como un poder actual; es decir, aun antes de mediar la certeza de que el derecho cautelado o asegurado realmente exista.

⁸⁵ Gaceta Jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia. Medidas Cautelares y efectos. Marzo del 2005. Pag 27. Lima-Perú.

⁸⁶ Carnelutti, Francesco. Instituciones del proceso civil. Traducción Sentís Melendo. Buenos Aires - Jurídicas Europa América. 1973. Pág. 86.

Este criterio, según **Palacio**⁸⁸, no es aceptado por aquellos que se encuentran inscritos en la postura unitaria de la acción (Podetti, Di Lorio), y por quienes no admiten que ésta pueda independizarse de la acción tendiente al pronunciamiento de mérito o conceptúa que las distintas clases de acciones no son más que accesorios o premisas de las resoluciones, cuyo dictado se persigue a través de su ejercicio (**Calamandrei**).⁸⁹

A nuestro parecer, siendo la acción uno de los modos de manifestarse el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades y, consecuentemente, un mero presupuesto de la actividad procesal, previo a ella, corresponde rechazar la existencia de acciones cautelares y admitirse, por el contrario, el de pretensiones.

Otro sector de la doctrina, hace hincapié en el hecho de que el acto judicial mediante el cual se decreta una medida cautelar, exhibe al margen de su contenido (de declaración o de ejecución), en cuanto a sus efectos, característica constante que está dada por la circunstancia de que sus efectos tienen necesariamente un margen temporal estrecho en cuanto se consumen, cumpliendo el acto de su objeto, en el instante en el cual se dicta el fallo definitivo.

Entre los autores que ponen de resalto el aspecto señalado, sobresale **Calamandrei**, quien nos habla de “**providencias cautelares**”. También hacen referencia a esta expresión **Micheli, Costa, Zanzucchi, Lugo**, etc.⁹⁰

En el resto de la doctrina, incluida la mayoría de los procesalistas de nuestro país, hablan de “**medidas cautelares**” o “**medidas precautorias**” en

⁸⁷ PALACIO LINO, Enrique (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina. Pág. 88.

⁸⁸ PALACIO LINO, Enrique (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina. Pág. 95-98.

⁸⁹ Calamandrei, Piero(1945). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Editorial bibliográfico argentino. Pág. 52. Buenos Aires-Argentina.

⁹⁰ Calamandrei, Piero(1945). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Editorial bibliográfico argentino. Pág. 61. Buenos Aires-Argentina.

coincidencia con la terminología que utilizan. Así, entre otros, **Alsina**⁹¹, y **Colombo**⁹² también hablan del tema; pero hacen referencia a “proceso cautelar”. **Podetti**⁹³, manifiesta que prefirió denominarlas “**medidas**”, expresión que el uso generalizó, el cual da idea del objeto y del resultado.

Asimismo, es preciso establecer que bajo una visión dualista de las prelacións entre derecho y proceso, todo el instrumento procesal vendría a tener una naturaleza cautelar; pues no en otra cosa consistiría la protección procesal de los derechos sustantivos.

Desde otro punto de vista, habría que señalar que también en el ámbito jurídico se perfilan instituciones autónomas con finalidades de garantía o protección de un derecho principal (prenda, hipoteca, anticresis) y, sin embargo, no se consideran como medidas cautelares.⁹⁴

No obstante, de lo anterior la voz “**medida**” significa “decisión”, su sentido es más amplio que el dado a la resolución judicial, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir sino ponerla en ejecución.

Novellino⁹⁵, en cambio, opta por hablar de “actos o actuaciones procesales”, rechazando las tesis de la acción y del proceso en estos términos: “La doctrina ha estudiado a este instituto desde un triple punto de vista: como acción, como proceso, como sentencia o providencia”, todo lo cual da lugar a que se hable indistintamente de la acción cautelar, proceso cautelar y sentencia o providencia cautelar.

⁹¹ Alsina, Hugo (1946). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Editorial Ediar. Pág. 45. Buenos Aires Argentina.

⁹² Colombo, Carlos J. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial Abeledo-Perrot(1992). Pág. 110. Buenos Aires Argentina.

⁹³ Podetti, J.R.(1956). Tratados de las Medidas Cautelares. Editorial Ediar. Tomo IV Pág 124. Buenos Aires-Argentina.

⁹⁴ NORO VILLAGRA, Jorge (2001). *Las Medidas Cautelares*. Editorial Platense. La Plata - Argentina. Pág. 111-119.

⁹⁵ Novellino Norberto José (1995). Derecho procesal civil y comercial. Editorial Rubinzal-culzoni. Pág. 134. Santa Fe- Argentina.

Con respecto al trámite autónomo o accesorio de las medidas cautelares, **Novellino**⁹⁶ sostiene que si bien pueden dar base a una acción independiente o autónoma, ello sucede cuando tales medidas se peticionan separadamente del proceso donde se actuará el derecho y sólo en tales casos puede hablarse de acción autónoma “stricto sensu”, algo que no siempre sucede, ya que son innumerables los casos en que las citadas medidas se promueven como accesorias de un proceso y tendientes, ya sea a salvaguardar la cosa peticionada o impedir transformaciones en la misma o prevenir daños, entre otros supuestos y en diferentes tipos de procesos, no teniendo ellas, en tales casos, un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal.

Se sostiene también que la medida cautelar constituye el derecho subjetivo de todo ciudadano y que por tanto, el Juez estaría obligado a adoptar medidas cautelares en dos casos: **cuando haya algún indicio** de que un determinado derecho ha sido vulnerado o esté en peligro de vulneración y sea susceptible de amparo; o **cuando tratándose de un derecho ordinario**, la denegación de la medida cautelar pudiera suponer la falta de tutela judicial final.

Esta posición no ha sido compartida por otros tratadistas, dado que la obligación de adoptar una medida cautelar por parte del Juez no depende de que el derecho a proteger provisionalmente sea un derecho fundamental u ordinario, ya que la efectividad de la tutela está dirigida tanto a unos como a otros. En segundo lugar, es imposible prever con seguridad, que la no adopción de la medida cautelar equivaldrá finalmente al no otorgamiento de la tutela. En realidad, la posibilidad de que no se otorgue la tutela por ineficacia de la resolución, no es un supuesto especial de la tutela cautelar, sino la propia razón de ser de toda medida cautelar.⁹⁷

En ese orden de opiniones, consideramos que **“las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o**

⁹⁶ Novellino Norberto José (1993). Derecho procesal civil y comercial. Editorial Rubinzal-culzoni. Pág. 146-52. Buenos Aires Argentina- Argentina.

⁹⁷ CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991). *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Editorial Civitas. Madrid - España. Pág. 56.

después de ello, para asegurar bienes-personas, mantener situaciones de hecho o de derecho (no innovar) existentes al tiempo de aquélla, o restituir situaciones o anticipar total o parcialmente los efectos que pudiera tener la sentencia final (Innovativa). La Medida Cautelar solo afecta los bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores”.

11. IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En sentido amplio, es preciso advertir que la función jurisdiccional, que se desarrolla tanto en el proceso declarativo como en los procesos de ejecución, “no resultan suficientes como para poder decir que se ha otorgado satisfacción plena al derecho, a la justicia, que le son reconocidos a todos los ciudadanos de una nación”.

Por ello, es preciso que las decisiones que se producen en uno y otro proceso queden garantizadas, cuando ello sea necesario, no solamente en cuanto a su cumplimiento o efectividad, sino también en cuanto a la forma o modo de esta efectividad y sobre todo a la utilidad práctica.

De lo referido en el párrafo anterior, se desprende el concepto de Justicia Cautelar o Preventiva, la cual es necesaria sobre todo cuando la función de impartición de justicia o de tutela jurídica no se propone lograr fines simplemente teóricos, sino también llevar resultados positivos y tangibles que no siempre se pueden alcanzar con los instrumentos que poseen ambos procesos, siendo necesario para tal efecto, recurrir a las Medidas cautelares.

En sentido estricto, la justicia cautelar o de aseguramiento, y las respectivas medidas cautelares o de aseguramiento, únicamente se ocuparían de garantizar la efectividad o la utilidad, o ambas cosas, de las decisiones que toman los órganos jurisdiccionales.

Sobre el particular, es pertinente mencionar por una parte que, en la mayoría de países han reconocido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo

que en la doctrina se ha venido entendiendo como la necesidad de que el procedimiento no se alargue más allá de un tiempo razonable de acuerdo con las características del proceso y de los derechos que en él se ejerciten.

Por otro lado, ese tiempo razonable que hay que cubrir necesariamente en la tramitación del proceso puede implicar un grave peligro para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado en la sentencia; en otras palabras, existe el peligro de que a la hora de cumplir lo ordenado por la sentencia, el mandato de ésta quede en el vacío al no existir posibilidad alguna de ejecutarla al haberse dado ocasión al demandado de realizar actos que conlleven esa ineficacia.

En ese orden de ideas, debemos tener presente al **Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, el cual dispone que la finalidad concreta del proceso “... **es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales...**”, mientras que su finalidad abstracta “... **es lograr la paz social en justicia**”.

Para alcanzar tales finalidades es necesario que del proceso derive un resultado material que no es otro sino el efectivo cumplimiento de la sentencia. No basta con la declaración judicial, es necesario impregnarle pragmatismo a su contenido, es indispensable que se dé una auténtica composición de la litis, es decir que sea resuelta eficazmente.

La medida cautelar funda su importancia al constituir un mecanismo procesal que probablemente permitirá asegurar la ejecutabilidad del fallo final (pues no toda medida preventiva es absoluta), lo que de por sí puede significar la futura obtención del resultado material aludido, contribuyendo de esa manera a lograr la finalidad del proceso.

Esta figura procesal trasciende de manera considerable, porque garantiza que durante el curso del proceso no se convierta en ilusoria la declaración judicial contenida en la sentencia, permitiendo un real cumplimiento de ella. Es de tal

magnitud la importancia de las medidas cautelares que el autor **Gozáini** la destaca en una posición publicista del proceso aún más diciendo que: "...las medidas cautelares no son salvaguarda del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional".⁹⁸

12. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Como sabemos, el objeto de la medida cautelar genéricamente está centrado en asegurar el cumplimiento de un fallo definitivo. Así, tenemos a **Alfredo Jorge Di Iorio**⁹⁹ en su Tratado de Nociones sobre la Teoría General de las Medidas Cautelares nos dice que: "Las medidas cautelares se dirigen a salvaguardar el imperio iudicis; o sea, impedir que la soberanía del Estado en su más alta expresión, que es la justicia, **se reduzca a hacer una tardía expresión verbal o una ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde**".

Debemos tener en cuenta que la tramitación de las medidas cautelares conlleva irremediablemente a un "**lapso temporal**" que en la mayoría de los casos es muy importante, cuyos efectos negativos trata de remediar el ordenamiento jurídico. Para lograr tal propósito, es necesario que se ampare en un doble fundamento:

- Debe inspirarse en el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; es decir, a la necesidad de que el proceso no se alargue más allá del llamado tiempo razonable, adecuándose con las características del mismo y con los derechos que en él se ejerciten.
- Debe cubrir el grave peligro que para la tutela real del derecho puede implicar la tramitación normal del proceso. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la duración del proceso se convierte en una garantía del

⁹⁸ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima – Perú (2002). Pág. 21-22.

⁹⁹ DI IORIO, Alfredo J. (1985). *Temas De Derecho Procesal*. Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina. Pág. 43-44.

mismo, ya que acrecienta el valor seguridad en la aplicación del derecho.¹⁰⁰

Por otra parte, debemos manifestar que hasta el momento se han manejado indistintamente los términos proceso cautelar y medidas cautelares. Al respecto, hablaremos de dos corrientes doctrinarias en relación con la naturaleza jurídica de la actividad jurisdiccional cautelar:

- Hay quienes consideran que estamos ante la existencia de un capítulo diversificado de medidas cautelares, que no constituyen procesos cautelares, con diversos procedimientos no reconducibles a unidad, en clara dependencia respecto del proceso principal (instrumentalidad). En esta tendencia doctrinal, la actividad cautelar se ve como un complemento de los procesos de declaración y de ejecución; técnicamente un incidente del primero y “un medio de aseguramiento” del segundo.
- Existe un segundo sector doctrinal, que considera a la actividad jurisdiccional cautelar como un proceso, diferente del proceso de declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación de instrumentalidad respecto de ellos. Y entre otras razones, porque la pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio; pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, que **en muchos casos es necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares**; es decir, normas diferentes de las que se refieren al proceso principal, como por ejemplo cuando se solicita una medida cautelar contra alguna decisión bajo el ámbito de normas emitidas por gobiernos locales y regionales se tramita en primera instancia no ante el Juez Especializado en lo Constitucional o en lo civil ante la Sala Civil Superior correspondiente, de conformidad con lo

¹⁰⁰ ÁNGELES JOVÉ, María (1995). *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. Editorial Bosh S.A. Barcelona - España. Pág. 13.

que establecido por el **artículo 15º del Código Procesal constitucional** peruano - Ley 28237.¹⁰¹

Consecuencia del párrafo anterior, se entiende que la actividad cautelar es una actividad jurisdiccional y, por tanto, responde a la necesidad de hablar de proceso, con todos los elementos que conllevan a considerarlo como tal. Dicho proceso tendrá por objeto la tutela cautelar o preventiva que sirva como mecanismo jurídico-procesal para garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución.

Tenemos conocimiento que el instituto de la medida cautelar a través de su desarrollo doctrinario ha encontrado varios tópicos de estudio; se le ubicó por un lado como acción, como pretensión, como proceso, como providencia, como medida, como aseguramiento; asimismo, se realizaron estudios relacionándola con el proceso ejecutivo, proceso de conocimiento, como mera resolución o mandato declarativo y como una actividad jurisdiccional del Estado.

Este instituto es estudiado desde tres estadios distintos: como jurisdicción, como acción y como proceso. El objetivo era establecer de un lado si las medidas cautelares eran una manifestación de la actividad jurisdiccional del

¹⁰¹ Ley 28237, cuyo artículo 15 es modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28946, publicada el 24 diciembre 2006, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

Estado- a través de los Jueces-si por su función, pertenecían al proceso de conocimiento o al proceso de ejecución o si pertenecen a otro proceso. Por otra parte, también era necesario establecer si la medida cautelar constituye una acción. Finalmente, su estudio se orientó hacia los procedimientos que debían regir para obtener una medida cautelar.¹⁰²

La doctrina se ha mantenido en la firme posición de ligar a la medida cautelar con el proceso de ejecución, por ello se asegura que la sistematización de las providencias cautelares se puede efectuar sobre la base de tres criterios fundamentales:

- a. Estas providencias deben estudiarse en el proceso de ejecución, porque forman parte de él o a él pertenecen.
- b. Esas providencias no pertenecen exclusivamente al proceso de ejecución, porque alguna de ellas se forman y producen efectos en el proceso de conocimiento; y, por tanto, deben examinarse en uno o en el otro de acuerdo con su naturaleza.
- c. Esas providencias se dictan en un proceso distinto al proceso de conocimiento y al proceso de ejecución, no tanto por su estructura sino por su función, alcanzando su finalidad específica mediante el ejercicio de una acción autónoma- acción cautelar-independiente de la acción declarativa o de su ejecución.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618°, 621°, 630°, 636° y 642° al 672°.

¹⁰² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1993). *Las Medidas Cautelares*. Madrid - España.

12.1. MEDIDA CAUTELAR COMO ACCIÓN

La concepción de la medida cautelar como acción es sustentada por **Chiovenda**¹⁰³, quien presenta esta institución como una acción aseguradora o provisoria, pues precisa que “el poder jurídico de obtener una de las providencias es una forma autónoma de acción: viene a ser una mera acción, que no puede considerarse accesoria del derecho tutelado; porque existe como poder actual, mientras no se sabe si el derecho cautelado existe, y mientras el demandado no tiene ninguna obligación de cautela antes de la providencia del Juez.

Esta posición por parte de la doctrina fue refutada por aquellos que entienden la acción como un concepto unitario, ya que por ejemplo **Redenti**¹⁰⁴ consideró que era aberrante configurar una acción-derecho que no tuviera por finalidad obtener una providencia final.

Por lo tanto, si tomamos en cuenta el concepto unitario de acción debemos erradicar desde ya la mal llamada acción cautelar, reservando este vocablo cuando hablemos del derecho a la jurisdicción o más precisamente como el “derecho a la tutela judicial efectiva”.¹⁰⁵

12.2. MEDIDA CAUTELAR COMO PROCESO

La medida cautelar como proceso (proceso cautelar) es aceptada por la gran mayoría del sector doctrinario, pese a que se le negó en alguna oportunidad la calidad de tal, ya que en principio podría confundirse el hecho de que las medidas cautelares se decretan inaudita pars, lo cual nos llevaría a pensar que

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe (1948). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. Pág. 12

¹⁰⁴ ENRICO RENDETI, *Derecho procesal civil*, t. I Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa América, 1957, pág. 149

¹⁰⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad de Buenos Aires. Tomo I. Pág. 159. Buenos Aires - Argentina.

no se trata propiamente de un proceso”. **Gozaini** ¹⁰⁶señala que en doctrina existen tres posiciones que pueden dar respuesta a esta controversia jurídica:

- a. No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan.
- b. El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva.
- c. Existe un proceso cautelar por la característica procesal, donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal. Hay una ligera diferencia entre el proceso principal y el proceso cautelar, pues el proceso principal se resume en la investigación de la verdad, que es una fórmula mucho más sencilla. En suma, el proceso cautelar no puede llegar hasta el fondo; porque si quisiera llegar perdería su carácter y faltaría a su finalidad, confundándose con el proceso principal.

12.3. MEDIDA CAUTELAR COMO PROVIDENCIA

La providencia se encamina a mantener o establecer un estado jurídico, en virtud del cual ha de desarrollarse la litis. Por ello, la providencia tiene la condición de precaria y provisional.

Otra característica típica de estas providencias, es la extinción ipso iure de sus efectos, es el momento en que se dicta la sentencia principal. En la formación de la providencia aparece también un distingo fundamental: el Juez no ha de examinar el fondo que se invoca en el juicio principal, debiendo solamente

¹⁰⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1997). Citado por Juan Monroy Gálvez. *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. La Conciliación en el Código Procesal Civil del Perú: Teoría y Técnica*. Editorial PUCP. Pág. 62. Lima - Perú.

limitarse, en lugar de llegar a la certeza de su existencia, a determinar la apariencia del mismo, lo que resultará a través de largas investigaciones, pruebas o debates, sino de un trámite nuevo más expeditivo y superficial que el ordinario.¹⁰⁷

13. RELACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CON OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES AFINES

Es preciso distinguir la medida cautelar respecto de la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba. Tienen en común la idea de evitar los posibles peligros que conlleva el transcurso del tiempo. Con la prueba anticipada se trata de garantizar ciertos resultados probatorios, pero, en todo caso, no tiene más carácter instrumental que lo pueda tener la prueba normal, practicada en el momento oportuno respecto de la sentencia principal que se dicte.

Por su parte, con la medida cautelar se pone claramente de manifiesto ese carácter instrumental respecto del proceso declarativo y de la sentencia que en el mismo se dicte, por cuanto la relación existente entre la medida cautelar y la sentencia principal consiste en el aseguramiento de la ejecución de ésta última.

Resulta importante tener en cuenta la relación de la medida cautelar con las diligencias preliminares. La denominación de éstas es variada, por cuanto en algunos lugares se habla también de diligencias de comprobación de hechos, en todo caso, tienen como función garantizar el resultado del proceso futuro, mediante la práctica de aquellas actuaciones que, para fundamentar fácticamente las pretensiones, tienden a evitar la desaparición, alteración o difuminación, ya sea casual o intencionadamente, de aquellos hechos que resulten objetivamente indispensables para preparar el juicio.

Con estas diligencias estamos ante una institución típicamente hispana, dado que no se encuentra parangón alguno en el derecho comparado europeo,

¹⁰⁷ HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 62-70.

aunque ha habido grupos doctrinarios que han buscado figuras afines en el mismo, sin que pueda afirmarse la correlación entre éstas y las diligencias preliminares. El antecedente histórico lo podemos encontrar en el Derecho Romano y en las Partidas.

Por todo lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede precisar que existe una gran conexión entre las diligencias y las medidas cautelares. Sin embargo, no debemos olvidar que a través de aquéllas se consigue cumplir una labor preparatoria del proceso e, incluso, garantizadora de la actividad probatoria, pero no llega hasta la función de garantía de las medidas cautelares respecto de la efectividad del proceso mismo.

En todo caso, y pese a las diferencias existentes entre las medidas cautelares y las diligencias preliminares, no podemos olvidar que ambas suponen un elemento fundamental para la eficaz defensa de los derechos de aquellos sujetos actuantes en el proceso y se asegura la prueba, mientras que a través de las medidas cautelares se va a asegurar además, la efectividad de la satisfacción de la pretensión que está en juego en el proceso.¹⁰⁸

14. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Al respecto, cabe precisar que durante el lapso que inexorablemente transcurre entre el comienzo de un juicio y el dictado de la sentencia definitiva, pueden surgir innumerables circunstancias que tornen imposible o dificulten la ejecución forzada o diluyan los efectos de la decisión final.

De ahí que el legislador, atendiendo a que resulta materialmente imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión, haya debido prever diversas medidas que puedan solicitarse y decretarse dentro del llamado proceso cautelar, cuya finalidad se limita a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso.

¹⁰⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1993). *Las Medidas Cautelares*. Madrid - España. Pág. 15-19.

Se ha establecido en algunas legislaciones que la finalidad de las medidas cautelares consiste esencialmente en el aseguramiento del derecho afirmado, mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en la fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia, aseguramiento que, dada la urgencia del proceso puede llevarse a cabo sin audiencia de los afectados.¹⁰⁹

Por su parte, tratadistas como **Serrantes Peña y Palma**¹¹⁰, señalan que todo proceso demanda un tiempo considerable para su decisión, y es probable que durante su substanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva.

El tratadista **Roland Arazi** manifiesta que la finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario; asegurando de esta manera el eventual cumplimiento de la sentencia, disipando los temores fundados de quien la pide. En tal sentido, es conveniente que exista correspondencia entre el objeto del proceso y el objeto de la medida cautelar a dictarse.¹¹¹

Por otro lado, cabe resaltar que una **medida cautelar supone en sí un remedio procesal que de ordinario debe aplicarse con criterio restrictivo y cuyo fundamento reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en litigio, evitando que se vean perjudicadas las sentencias que ponen fin al proceso.**

Así, diremos que la medida cautelar tiene por finalidad darle - en lo posible - al solicitante la misma la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera, se garantiza que no sólo va a obtener

¹⁰⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994). *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Bosch. Barcelona - España. Pág. 283.

¹¹⁰ Serrantes Peña, Oscar/Palma, Jorge Francisco (1993). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias (anotado y sumillado)*. Editorial De Palma. Pág. 123. Buenos Aires Argentina.

¹¹¹ ARAZI, Roland (1999). *Medidas Cautelares*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. Pág. 5-6.

una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo.

A la cognición y a la ejecución, con las que la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, se agrega una tercera actividad que tiene una finalidad auxiliar y subsidiaria, y es la actividad cautelar. La misma está dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el proficuo resultado de las otras dos, y ocurre, por eso, mediatamente a la obtención de los fines generales de la jurisdicción.

Entonces, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento. Es imprescindible retener esta finalidad que conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia, pues de esta forma no sólo protegen el interés privado de las partes, sino que actualmente se considera que más que ello tienden a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional.

Como consecuencia de las modernas teorías procesales es que, en materia jurisdiccional se va más allá del interés privado, ya que se haya comprometida la misma figura del Estado en cuanto es el encargado de dicha actividad jurisdiccional, asimismo, la jurisprudencia ha variado hacia un criterio más amplio de admisibilidad de las medidas.¹¹²

Novellino¹¹³, señala que la finalidad cautelar se ordena exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual afirma el carácter instrumental de la medida cautelar que no puede existir de ninguna manera por sí misma, sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o a promoverse dentro de un lapso determinado, sin el cual no

¹¹² DI IORIO, Alfredo J. (1985). *Temas de Derecho Procesal*. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina. Pág. 90.

¹¹³ Novellino, Norberto José (1995). *Derecho procesal civil y comercial*. Editorial Rubinzal-culzoni. Pág. 144. Santa Fe- Argentina.

tiene razón alguna de ser. El citado tratadista no deja de reconocer, sin embargo, que es lugar común sostener que es una conquista de derecho procesal moderno haber establecido la autonomía del proceso cautelar.

Señala también que tal posición es criticable porque respecto a las medidas cautelares no puede hablarse de un verdadero proceso, y aún cuando así se admitiere, es innegable su dependencia de otro proceso principal, con lo cual debe descartarse su pretendido carácter autónomo.

Concluye su opinión, estableciendo que la doctrina italiana, promotora de esta posición, tenía que justificar el carácter autónomo de ciertos institutos que, en realidad, eran verdaderos procesos y que no revestían el carácter de cautelar; ya que **la única autonomía que podría reconocérseles a las medidas cautelares es la procedimental**; es decir, que se **sustancian con independencia del proceso principal aunque existen influencias de éste sobre aquéllas y viceversa**.

Palacio¹¹⁴, por su parte, señala que desde una perspectiva teórica y práctica, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de “medidas” o “providencia” cautelares no resulta en modo alguna desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien, éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal como lo ha hecho por ejemplo el Código Brasileño, en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos, aunque no con el alcance exageradamente amplio que propicia un sector de la doctrina.

Lázzari manifiesta que al solicitar medidas cautelares se pretende obtener el “**anticipo de la garantía jurisdiccional**” y se otorgan sobre la base de la mera verosimilitud del derecho que se pretende garantizar, no teniendo un fin en sí

¹¹⁴ PALACIO LINO, Enrique (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires - Argentina. Pág. 102.

mismas, sino que sirven a un proceso principal, por lo cual su existencia es provisoria al depender de las contingencias del litigio del cual derivan.¹¹⁵

Azula Camacho ¹¹⁶señala que el objeto de las medidas cautelares es evitar que los bienes se substraigan del patrimonio del deudor y sea ilusoria la obligación reclamada en el proceso, cumpliendo de esa manera el principio de que ellos constituyen la prenda general de los acreedores.

Ottolenghi ¹¹⁷establece prácticamente que la medida precautoria tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales.

MARTÍNEZ BOTOS nos dice que la finalidad de la medida cautelar consiste en:

- ❖ Impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretenda obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.
- ❖ Asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido e impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso.

¹¹⁵ NESTOR DE LÁZZARI, Eduardo (1989). *Medidas Cautelares*. Editorial Platense. La Plata - Argentina. Pág. 6.

¹¹⁶ Azula Camacho, libro Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General Del Proceso, Editorial Temis 2000 Séptima edición. Pág. 65.

¹¹⁷ OTTOLENGHI, Mauricio (2002). Citado por la Academia de la Magistratura en temas relacionados a las *Medidas Cautelares*. Lima - Perú. Pág. 45.

- ❖ Asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.
- ❖ Asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea eludida haciéndola de imposible cumplimiento.

En ese orden de ideas, se puede decir que la medida cautelar tiene por objeto asegurar la satisfacción del derecho del pretensor o la reparación del daño producido, estando también dirigida a evitar este último, lo cual significa que su finalidad radica en impedir que la sentencia a dictarse en el proceso principal llegue a ser (por circunstancias naturales-como la pérdida o destrucción de los bienes del deudor, por ejemplo-o voluntarias-disposición de los bienes del obligado) inútil o inejecutable, ya sea total o parcialmente.¹¹⁸

Por último, revisando la legislación comparada, tenemos que el Tribunal Constitucional Español, mediante Sentencia Nro. 14 del 10 de febrero de 1992 ha sentado los siguientes principios: “La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” y “El legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”.¹¹⁹

Al respecto, el nexo entre tutela cautelar y tutela efectiva no aparece explícitamente en nuestro Código Procesal Civil, toda vez que en su Artículo

¹¹⁸ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 27-31.

¹¹⁹ PICÍ I JUNOY (1997). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh. Barcelona - España. Pág. 72.

608º establece que la finalidad de las medidas cautelares es **“asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**.

Otros dispositivos legales señalan que la finalidad de las medidas cautelares es **“evitar un perjuicio irreparable”** o **“asegurar la ejecución de una sentencia definitiva”**. Los tres enunciados que hacen referencia al punto que se está tratando, son inadecuados para describir el verdadero sentido de una medida cautelar, pues nos brindan alcances muy limitados sobre el particular.

En el primer enunciado, si la tutela cautelar tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva, cabe hacernos la siguiente interrogante: **¿Qué resoluciones se cumplen?**, pues las que ordenan algo cumplen un mandato u orden. En ese sentido, no se cumplen las resoluciones porque éstas sólo declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o las que crean, modifican o extinguen una relación jurídica.

La segunda fórmula también resulta inapropiada, ya que si bien la tutela cautelar puede estar dirigida a evitar un perjuicio irreparable, se entiende al derecho que está o estará en juego en el proceso; la fórmula bajo comentario es mucho más amplia de aquella que busca asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; ya que puede ser aplicable en cualquier proceso. Sin embargo, no es descriptiva de la finalidad sino del presupuesto para conceder la tutela cautelar solicitada.

Consiguientemente, la finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada sólo a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional o, en general, a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación a cautelar; sino que está dirigida a hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración del proceso - instrumento de tutela.

Cabe acotar que la **tutela cautelar** sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición, sea ésta constitutiva o meramente declarativa, así como asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución¹²⁰

15. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares se caracterizan por los siguientes elementos que son constitutivos de las mismas:

A. PREJUZGAMIENTO

Mediante la medida cautelar, se adelanta la decisión final del Juez en un proceso determinado. De manera que, el Juez para decretar la respectiva medida cautelar deberá exigir la presentación de los recaudos pertinentes y, observar de igual modo, los requisitos plasmados en el **Artículo 610º** del Código Procesal Civil.

Así, **por ejemplo**, para decretar la asignación provisional de alimentos se requiere la presentación de la Partida de Nacimiento donde conste el parentesco y la obligación.

En los procesos de divorcio por ejemplo, antes de la sentencia, el Juez puede ordenar que cada cónyuge viva en su propio domicilio (**Artículo 680º del Código Procesal Civil**).¹²¹ Sin embargo, esta actividad discrecional del Juez no importa en el prejuzgamiento sino un juzgamiento en función al derecho y pruebas aportadas hasta ese momento en el proceso sub-examine conforme lo señalan la Profesora de La Universidad de Piura, Vilela Carbajal, Karla¹²², Hurtado Reyes Martín¹²³.

¹²⁰ ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Editorial Jurista. Lima - Perú. Pág. 601-604.

¹²¹ ZAVALA CARRUITERO, Wilvelder (2002). *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 899.

¹²² VILELA CARBAJAL, Karla, (2007). *Revista de Derecho*. Editorial Casa de Estudios de la Universidad de Piura. Piura-Perú. Pág. 39.

Al respecto la profesora Eugenia **Ariano Deho**¹²⁴ manifiesta que “los Jueces, en general, no pueden “prejuzgar”. Los jueces “juzgan” (acción de juzgar) a secas, y según los casos, por ejemplo “juzgan” si una demanda es admisible o inadmisible, si es procedente o improcedente, si es (secundum allegata et probata partium) fundada o infundada, y cuando de lo que se trata es conceder o no una pretendida tutela cautelar el juez no “prejuzga”, sino que “juzga” si en el caso concreto se verifican los presupuestos de dicha tutela cautelar. Ahora bien, lo que el juez realiza en su actuación jurisdiccional al juzgar sobre la procedencia o no de la solicitud cautelar, ésta sólo es concedida si es probable que el requeriente de cautela tenga la razón, al menos provisionalmente, en razón a las pruebas aportadas - inaudita pars -, pero ese juicio valorativo se basa necesariamente en un derecho que tiene su sustento en el ordenamiento jurídico o en general, sobre una concreta situación jurídica reconocida y tutelada por el derecho sustancial del que el autor se afirma titular; no implica de ninguna manera un “adelanto de opinión” sobre el fondo, como algunos pudieran pensar, dado que no es vinculante.

B. INSTRUMENTALIDAD

En principio, es preciso mencionar que la tutela cautelar aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto.¹²⁵

¹²³ HURTADO REYES, Martín (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. Pág. 244.

¹²⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. “Situación cautelable, verosimilitud y “periculum in mora””. En Problemas del proceso civil. Jurista editores. Lima 2003. Pág. 669.

¹²⁵ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Univ. Buenos Aires - Argentina. Pág. 78-79.

En ese sentido, sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada.

El instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de modo tal que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela mediata, pues más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta.

En virtud de ésta característica, toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o de ejecución. La medida cautelar se subordina al fallo o medida definitiva, no es, por tanto, independiente del proceso principal (definitivo). El proceso principal puede existir sin el cautelar; pero este proceso no puede existir sin aquel.¹²⁶, aún cuando En síntesis, se puede decir que las medidas cautelares son instrumentales, porque no tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso (que viene a ser el principal), del cual dependen y a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.¹²⁷, en ocasiones ocurra lo contrario para que el peticionante de la medida pueda resolver una incidencia fáctica.

¹²⁶ CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros (2000). “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima - Perú. Págs. 61-72.

¹²⁷ MARTÍNEZ BOTOS (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad. Buenos Aires - Argentina. . Pág. 78.

En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir como instrumentalidad variable sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en éste se dicte.

En realidad, será el Juez, quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley procesal confiere a éste, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.¹²⁸ Así, tenemos un ejemplo: si el favorecido con la medida cautelar no acredita su derecho durante la etapa probatoria, la medida cautelar podrá ser disminuida.

Por el contrario, si el derecho tutelado con aquella medida resulta sólido, el titular del derecho podrá solicitar medidas cautelares adicionales que refuercen su derecho cada vez más cercano a la certeza; es decir, que aún antes del fallo definitivo, la medida cautelar puede sufrir modificaciones en cantidad o en calidad.¹²⁹

Por su parte, el **Código Procesal Civil y Comercial de Argentina** establece que las medidas cautelares tienen la característica de ser “**flexibles**”, toda vez que estas pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas por su requirente, siempre y cuando se pruebe que tales medidas no cumplen con su función principal de garantía. Así también, el afectado con la medida puede solicitar la sustitución por otra menos gravosa o el reemplazo de los bienes cautelados por

¹²⁸ MARTEL CHANG, Rolando A (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 76.

¹²⁹ CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros (2000). “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima - Perú. Pág. 77.

otros del mismo valor o, la reducción del monto por el que aquella fue trabada, según lo previsto en el **Artículo 203°** del citado Código Procesal.¹³⁰

C. PROVISIONALIDAD

Esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y la entenderemos mejor si diferenciamos los conceptos de “**temporalidad y provisoriedad**”. El primero, es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este sentido, la medida cautelar no solo es temporal, sino que también se encuentra a la espera de cualquier decisión futura que varíe su estado.¹³¹

Las Medidas Cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Entonces, si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

Una medida cautelar es provisoria, porque es interina, porque su duración es limitada en relación con el proceso en el que se ha dictado. En síntesis, es provisoria, porque está en función al fallo o decisión principal que sería definitiva.¹³²

¹³⁰ KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 47.

¹³¹ MARTEL CHANG, Rolando A (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 73-74.

¹³² CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros (2000). “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima - Perú. Pág. 74.

La provisionalidad como característica propia de las medidas cautelares constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional de defensa de la persona y de los bienes. Es por ello que, cuando alcanza la calidad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar; porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y se agota.¹³³, o se transforma en una medida de ejecución.

Consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas, que por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien, en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos en su resultado práctico; pero siempre con el carácter provisional que se deduce del punto anterior.

D. VARIABILIDAD

Toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, conforme **Artículo 617° del Código Procesal Civil Peruano**.

E. AUTONOMÍA

En principio, debemos tener en cuenta que el jurista español **Serra Domínguez**¹³⁴ señala que no puede hablarse de autonomía del proceso cautelar, pues resulta obvio que la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado, se encuentra permanentemente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar. Sin embargo, cuando se habla de esta característica no se hace alusión al mero procedimiento, sino al contenido esencial, a los rasgos que determinan la función del instituto.

¹³³ MARTÍNEZ BOTOS (1990). *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad. Buenos Aires - Argentina. Pág. 80.

¹³⁴ Serra Domínguez, Manuel. La Intervención Judicial de Bienes Litigiosos. En *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ariel. Barcelona 1969. PP 491-511.

De esta forma, la autonomía debe ser analizada según la finalidad que persigue la prestación cautelar, pues mientras el objetivo del proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, la cautela busca garantizar la eficacia de dicho proceso. Por lo tanto, se trata de una autonomía teleológica y no procedimental.

F. CONTINGENCIA

Este no solo es un atributo que caracteriza a la medida cautelar en sí misma, sino implica un deber del juez de otorgar medidas adecuadas, conjugando tanto la necesidad de proteger la eficacia de la sentencia como los intereses del demandado, es por ello que la resolución cautelar se otorga en virtud de una probabilidad y no de una certeza.¹³⁵

G. JURISDICCIONALIDAD

Porque la Medida Cautelar está reservada a la decisión de una autoridad judicial. Esta característica no es absoluta, pues la facultad de dictar medidas cautelares no solo está reservada como exclusiva para el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que el legislador ha brindado la posibilidad para que algunos organismos y/o autoridades administrativas tengan también la posibilidad de dictarlas.

Esta característica se aprecia en dos sentidos: La jurisdiccionalidad en las medidas cautelares significa que éstas emanan o se originan de una decisión judicial; es decir, es como un acto jurídico procesal realizado por el órgano jurisdiccional. Por otro lado, deben entenderse como un medio a través del cual el órgano jurisdiccional se convierte en eficaz.

¹³⁵ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 139-161.

Cabe mencionar, que en el estado actual de evolución de la institución, no es una manifestación exclusiva de los órganos jurisdiccionales, puesto que algunos órganos administrativos están facultados para expedir una medida cautelar. Así, la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi puede expedir este tipo de proveídos, también la Ley de Propiedad Industrial autoriza esta clase de medidas cautelares y así podemos mencionar a otras entidades que tienen esta Facultad.¹³⁶

H. REVOCABILIDAD

Está relacionada con su carácter de provisoriedad. El Juez que concedió la medida cautelar tiene expedita la posibilidad de revocar o extinguir su propia resolución cautelar dictada; es decir, que el Juez al verificar las circunstancias analizadas deja sin efecto una medida dictada por él, la cancela o extingue sin que exista la posibilidad de dictar otra que la sustituya.

Evidentemente, existen otras formas de llegar a la revocabilidad de las medidas cautelares, así tenemos que vía recursiva el superior puede revocar la medida. De otra manera esta revocabilidad se puede apreciar con las formas de conclusión anticipada del proceso (desistimiento, conciliación, etcétera).

I. DISCRECIONALIDAD

Algunos tratadistas consideran que la discrecionalidad se presenta cuando la autoridad jurisdiccional se decide por no admitir lo solicitado por el justiciable, emitiendo entonces un pronunciamiento en contrario a los intereses del peticionante.

Es en este extremo en el que se reconoce la capacidad discrecional que tienen los jueces para atender o denegar el pedido de tutela cautelar, tomando en

¹³⁶ CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros (2000). “DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal”. Revista Nro. 1. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima - Perú. Pág. 78-79.

cuenta la pretensión que se ventila en el proceso principal. Por ello, el juez tiene plena libertad para decidirse por una medida cautelar desde dos perspectivas: por la seguridad del justiciable y por la eficacia del servicio jurisdiccional.¹³⁷

J. INAUDITA ET ALTERA PARS (SIN OÍR A LA PARTE CONTRARIA)

El juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria (que es la regla general); es decir, sin notificar de tal pedido, exigencia que resulta obvia para que no se frustre, tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia.

En efecto, si se procede de modo contrario; es decir que si para tomar la decisión en primer término se notifica del pedido al que va a resultar afectado con él, se pone en inminente peligro la finalidad de la medida cautelar, pues el emplazado podría poner a buen recaudo sus bienes y derechos, haciendo ilusorio el derecho del actor.

En la práctica judicial actual, se aprecia mínimamente que el afectado con una medida cautelar alegue la violación al derecho de contradicción, porque los operadores jurídicos han terminado por comprender la valía y utilidad de este instituto cautelar en el servicio de justicia; y por excepción hay casos en que se pone en conocimiento de la parte contraria antes de resolver el juzgador el pedido de la medida cautelar, tales como en los procesos de Amparo, Habeas Data y Cumplimiento, que tengan por objeto dejar sin efecto actos administrativos en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, acompañando copias certificadas de la demanda, y con la intervención del Ministerio Público, el Juez resolverá.¹³⁸

¹³⁷ HURTADO REYES, Martín Alejandro. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima-Perú. Pág. 74-78.

¹³⁸ LEY NÚMERO 28237. Publicado el 31 de Mayo del 2004. Código Procesal Constitucional. Artículo 15.

EXPEDITIVO Y SUMARÍSIMO

Porque toda petición cautelar presupone urgencia. El tiempo es un elemento fundamental en este proceso, razón por la cual el justiciable requiere del órgano jurisdiccional una actuación de inmediato.

El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, verificando siempre la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y de la contracautela para su ejecución.¹³⁹

16. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Uno de los aspectos más resaltantes de nuestro actual Código Procesal Civil vigente, versa sobre la discrecionalidad de la que goza el Juez Civil para dictar medidas cautelares. Y, ello es así, dado que al analizar los **Artículos 610, 611º y 697º**; así como, los **Artículos 618º, 674º y 682º** ; podemos observar que el Juez una vez que haya verificado los presupuestos generales de la concesión, que no son otros que la aparente existencia del derecho invocado por el solicitante de la cautela y el correspondiente peligro en la demora que amenaza tal derecho, **puede dictar una medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada**, atendiendo previamente a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida cautelar que va a conceder el Juez a favor del actor, puede ser una medida que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico (típica) o una que no está normada, tal es el caso de las medidas cautelares atípicas o genéricas.¹⁴⁰

¹³⁹ MARTEL CHANG, Rolando A (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 61-64.

¹⁴⁰ ARIANO DEHO, Eugenia. *Las Medidas Cautelares*. Citada en el Diario Oficial “El Peruano”. Año 1. N° 3. Lunes 24 de mayo de 2004.

Consecuentemente, una medida cautelar no puede ser concedida sólo con la pura y simple petición del solicitante, pues es necesario que el órgano jurisdiccional confirme la concurrencia de una serie de presupuestos o requisitos que van a justificar la concesión de una determinada medida cautelar. En efecto, la corroboración de tales presupuestos va a fundamentar que el demandante sea protegido con la medida cautelar para el supuesto de que se obtenga una resolución favorable a su derecho.¹⁴¹

Las medidas cautelares como cualquier institución de derecho para su procedencia están sujetas a elementos necesarios, éstos requisitos resultan indudablemente imprescindibles para el otorgamiento o denegatoria de una medida cautelar y a la vez, se constituye en una barrera que impide el abuso que ellas pretendan hacer con los justiciables y a la arbitrariedad del órgano jurisdiccional de concederlas indiscriminadamente.

La estructura de una norma procesal configuradora de una medida cautelar es la misma de otras normas jurídicas: prevé, en primer término, un supuesto de hecho, unos presupuestos, y concurriendo éstos, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos efectos. Por otra parte, cabe señalar que las medidas cautelares tienen requisitos o presupuestos sustanciales y presupuestos genéricos.

16.1. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES

En doctrina y legislación comparada existen criterios que reconocen como presupuestos sustanciales de las medidas cautelares a la clásica apariencia de buen derecho y peligro en la demora. Con estos requisitos aunque no en todos

¹⁴¹ ÁNGELES JOVÉ, María (1995). *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. Editorial Bosh S.A. Barcelona - España. Pág. 29.

confluye la llamada contracautela o fianza. Estos presupuestos sustanciales son los siguientes:¹⁴²

A. EL PRESUPUESTO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE DERECHO

En principio, cabe señalar que la finalidad de todo proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad.

De manera que, para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar, es suficiente con la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente denominado “fumus boni iuris”), pues según el cálculo de probabilidades, podrá ser posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.¹⁴³

Siguiendo, es pertinente mencionar que la doctrina denomina a este presupuesto como **Verosimilitud o Apariencia del Derecho Invocado**. Por este presupuesto, el Juez debe realizar una estimación o cálculo de probabilidad que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio → **Ejecutoria N° 22-01-98**.¹⁴⁴

¹⁴² HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 51-52.

¹⁴³ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). Citado por la Academia de la Magistratura en el Material de Lectura para Cursos a Distancia sobre el tema: *Presupuestos para la Adopción de la Providencia Cautelar*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 15.

¹⁴⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 205.

Este presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida. Los modos que el Derecho positivo utiliza para definir esa situación jurídica cautelable son muy variados.

En unos casos esa situación se define en términos jurídico - materiales (**por ejemplo**: deudas en metálico o en especie, obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas). En otros, la definición incluye cierta referencia a la pretensión ejercitada en el proceso principal - aunque expresada en superados términos romanistas; pero también a la situación jurídica material en que la pretensión se funda (**por ejemplo**: acción real que tenga por objeto cosa mueble, reclamar el pago de una deuda, demandar en juicio la propiedad).

No obstante, respecto a este presupuesto de las medidas cautelares no preocupa tanto la delimitación de la situación jurídica cautelable, cuanto el problema del grado de demostración de esa situación jurídica, necesario y suficiente para que el juez pueda adoptar una medida cautelar. De ahí que la referencia a este presupuesto se haga siempre con los términos de apariencia de derecho o *fumus boni iuris*.

Las medidas cautelares son concedidas antes de la culminación del proceso principal, dado que el juzgador se vale para ello de una apreciación aproximada del caso concreto; es decir, que sólo tendrá un conocimiento sumario respecto del conflicto, ya que su decisión sólo estará basada en criterios de “**mera probabilidad**” (**verosimilitud**).

Si bien el objeto del proceso principal es distinto del objeto de la discusión cautelar (autonomía), no se debe olvidar que ésta contiene una función instrumental respecto de la primera, en virtud de su carácter aseguratorio (garantía procesal).

Consecuencia del párrafo anterior, tenemos que el conocimiento del estado del proceso principal (el cautelar es un procedimiento o incidente y no un “proceso

secundario”), resulta necesario para la concesión de la medida cautelar solicitada por el actor, ya que para la situación jurídica (protección) de éste, deberá existir una probabilidad de que el derecho del actor será declarado fundado al finalizar el proceso.¹⁴⁵

La previsión legislativa de medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandando se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido.

De ser así, se incurriría en una duplicación de la instrucción; pero sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto el obstáculo que está destinada a superar: el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandando, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución.

Para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad,

¹⁴⁵ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 262-263.

de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez.

Para llegar a ese resultado, no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos (aunque estos no deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental).

Por lo tanto, la verosimilitud no exige comprobación de certeza, sino solamente probabilidad del derecho. El accionante debe persuadir al Juez de la verosimilitud de su derecho con los hechos expuestos en la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella.¹⁴⁶

Es conveniente hacer referencia a la presunción de la verosimilitud del derecho, dado que según la legislación argentina (**Código Procesal Civil y Comercial**), la procedencia de la mayor parte de medidas cautelares está supeditada a la justificación de la verosimilitud del derecho.

Sin embargo, en algunas hipótesis la ley presume esta última circunstancia, por ejemplo, cuando se pretende obtener tales medidas contra la parte declarada en rebeldía (**Artículo 63º y 212º, inc.1**) o la traba de un embargo preventivo por quien logró un pronunciamiento a su favor (**Artículo 212º, inc.3**).

Finalmente, cabe acotar que la comprobación de este requisito sólo es exigible cuando se hallan cuestionados los derechos de índole patrimonial. No obstante, si se trata de procesos o simples medidas cautelares tendientes a la guarda o internación de personas (**Artículo 234º y 629º**), resulta suficiente la concurrencia de determinadas circunstancias que acrediten el derecho invocado, la situación de peligro o el daño inminente a que se hallan expuestas.

¹⁴⁶ MARTEL CHANG, Rolando A. (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 70.

B. EL PRESUPUESTO DEL PELIGRO EN LA DEMORA

Este presupuesto procesal es conocido en la doctrina bajo el nomen iuris de “**periculum in mora**”, el cual consiste en la constatación por parte del Juez de la urgencia en conceder de inmediato la medida cautelar solicitada a través de la cual se garantice el cumplimiento del fallo definitivo.

Sin embargo, muchas veces ésta jamás se ejecuta con eficacia. El peligro al que se hace mención y que resulta gravitante en una medida cautelar, es aquel que surge de la demora en la obtención del fallo definitivo → **Ejecutoria Nº 10-06-98**.¹⁴⁷ Entonces, para asegurar una situación debe alegarse la amenaza de un peligro sobre esta. En el contexto del proceso, debe existir un peligro de que se frustre la posibilidad con relación al demandante sobre la obtención de una satisfacción procesal plena.¹⁴⁸

Al igual que el presupuesto de verosimilitud del derecho, este presupuesto constituye un requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar; es decir, el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que espera alcanzar el actor con la sentencia a dictarse en el proceso principal, no pueda hacerse efectiva en su totalidad.

En otras palabras, se requiere la existencia de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho, cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida.¹⁴⁹

¹⁴⁷ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 214.

¹⁴⁸ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 263.

¹⁴⁹ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). Citado por la Academia de la Magistratura en el Material de Lectura para Cursos a Distancia sobre el tema: *Presupuestos para la Adopción de la Providencia Cautelar*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 17.

Este presupuesto se integra por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a conjurar. Estos riesgos presentan una gran variedad, sin embargo, señalaremos algunas clases:

- a. **Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto**, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.
- b. **Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica** (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica) o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (por ejemplo el vencedor en el proceso recibiría el terreno; pero sin los árboles, respecto a los cuales tendría que aceptar una indemnización).
- c. **Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia** (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).
- d. **Riesgos de inafectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación** (por ejemplo, la anotación de la demanda, el ocultamiento de bienes en daño de los acreedores). El Juez debe evaluar según las circunstancias las medidas a tomar para asegurar la efectividad de la sentencia.

C. PRESTACIÓN DE GARANTÍA POR EL SOLICITANTE

Conocido también por la doctrina como **Contracautela**. Por regla general, es presupuesto de las medidas cautelares la prestación de una garantía por el solicitante, la misma que puede ser real o personal, comprendiéndose en éste último caso, a la caución juratoria¹⁵⁰, la cual siempre debe estar presente como presupuesto de los otros dos anteriores presupuestos, pero de manera complementaria.

Como sabemos, la tutela cautelar se confiere después de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario y, además, sin audiencia de la parte afectada; vale decir inaudita pars.¹⁵¹

La finalidad de garantizar el pedido cautelar se fundamenta en el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita.

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial. Es necesario advertir que en sede nacional, es finalmente el Juez quien decide en cuanto a la naturaleza y monto de la contracautela, pues no está obligado a aceptar la que ofrece el peticionante, pudiendo en su caso, graduarla, modificarla o sustituirla por la que estime pertinente.

¹⁵⁰ MARTEL CHANG, Rolando A. (2003). *Tutela Cautelar y Medidas Autocompositivas en el Proceso Civil*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 72.

¹⁵¹ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). Citado por la Academia de la Magistratura en el material de lectura para cursos a distancia sobre el tema: *Presupuestos para la adopción de la providencia cautelar*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 17.

Es preciso mencionar que generalmente la medida cautelar, pese a cumplir con su finalidad aseguradora, provoca también un “**perjuicio innecesario**” sobre la situación jurídica del demandado.

Esta situación jurídica, abiertamente ilícita, ataca un **principio cautelar** pocas veces tomado en cuenta; pero de singular importancia: **el Principio de Mínima Injerencia**, el cual determina la necesidad de que, ante la posibilidad de trabar diversas medidas cautelares para tutelar una misma situación jurídica, el órgano jurisdiccional debe elegir la menos gravosa.¹⁵²

La legislación española denomina “**fianza**” a este tipo de garantía, la cual es otorgada por quien solicita se le conceda una medida cautelar; es decir, que en virtud de esa fianza se vinculan un conjunto de bienes de carácter patrimonial que tienen el propósito de reparar el daño causado a la parte contraria, en tanto se demuestre que la medida cautelar se concedió ilegítimamente.

Por tanto, al aludir a la tutela cautelar se hace referencia a la concreta garantía del eventual derecho a la indemnización del demandado, sujeto pasivo de la medida cautelar que se ha adoptado o va a adoptarse.¹⁵³

Haciendo un hincapié y en la actualidad el **Artículo 613 del Código Procesal Civil** que esta referida a la Contracautela y discrecionalidad del Juez, sufrió unas modificaciones en vista del Decreto Legislativo Numero 1069 de publicación el 28 de junio del 2008:

“ La Contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

¹⁵² MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 268.

¹⁵³ ÁNGELES JOVÉ, María (1995). *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. Editorial Bosh S.A. Barcelona - España. Pág. 69.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria. Que será ofrecido en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recaerá sobre los bienes de propiedad de quien la ofrece; el Juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el Registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, ésta se llevará adelante, a pedido del interesado, ante el Juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resolverá lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo”.¹⁵⁴

Es bueno resaltar que el **artículo 610 de nuestro código procesal civil**, hace mención como requisitos de la solicitud en su inciso **4) ofrecer contracautela**; y concordante el **artículo 611 del precitado código** hace referencia al **contenido de la decisión cautelar** en su tercer párrafo “la medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. **La resolución** precisará la forma, naturaleza y alcances de la **contracautela**” Haciendo referencia con el Proceso Contencioso Administrativo en Materia Cautelar en donde se han introducido unas variables que bien podrán haberse extendido al proceso cautelar civil sin

¹⁵⁴ Normas Legales del Diario El Peruano. Decreto Legislativo N° 1069 de fecha de publicación 28 de Junio del 2008. Que modifica al Artículo 613 del Código Procesal Civil. Lima-Perú.

ningún inconveniente conceptual. Las principales modificaciones en esta materia establecen que el Juez, para otorgar una medida cautelar, **debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público o a terceros y el perjuicio que causa al solicitante la eficacia inmediata de la actuación impugnada**; debe además, considerar necesaria su emisión por el peligro en la demora u otra razón justificable; y, evaluar que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. **Estos requisitos debieran también ser exigidos para otorgar una medida cautelar en sede civil, pues la congruencia, necesidad y proporcionalidad son límites implícitos en materia cautelar.** No vemos la necesidad de la diferenciación. Donde el tema se desborda es cuando se señala que para la ejecución de la medida cautelar, el demandante deberá ofrecer una contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión a asegurar, y si se trata de resoluciones con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir una contracautela distinta a la caución juratoria. **Es decir, la contracautela no es un requisito para el otorgamiento de la medida, sino para su ejecución, tendencia que la doctrina viene reclamando como la adecuada. Por ende, no entendemos porqué la contracautela es un requisito para el otorgamiento de la medida cuando el proceso es civil y no lo es cuando el proceso es contencioso administrativo, donde por arte de magia , se convierte en requisito para la ejecución de la medida ya otorgada¹⁵⁵.** Concordamos por lo expresado por el autor y es necesario **proponer un cambio en la reforma normativa del artículo 611 de nuestro código procesal civil.**

Y tal como lo prescribe su **artículo 36 del Proceso Contencioso Administrativo** en su cuarto párrafo **“Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiera asegurar”.**

¹⁵⁵ Ramírez Jiménez Nelsón Suplemento de Análisis Legal de el Peruano. Nro 213 de fecha 26 de Agosto del 2008. Pagina 2 y 3. Lima-Perú.

16.2. PRESUPUESTOS GENÉRICOS

A. NECESIDAD DE UN PROCESO PRINCIPAL

Este presupuesto invoca la necesidad de un proceso existente o posible de existir, dada la accesoriedad de la medida cautelar. Es en este proceso principal en el que se discutirá el problema de fondo. No se puede concebir una medida cautelar en cualquiera de sus diversas formas, con las características y presupuestos que prescinda de un proceso principal.

Nuestro legislador nacional al parecer se acoge a esta tesis, al ratificar la instrumentalidad de la medida cautelar anterior al proceso, a la existencia futura (10 días de ejecución) de un proceso donde se discuta la cuestión de fondo (**Artículo 636º Código Procesal Civil**); pese a que equivocadamente se refiera a un proceso autónomo (**Artículo 635º**).

Asimismo cabe señalar que el (**Artículo 636º** ¹⁵⁶**Código Procesal Civil**); se ha modificado de alguna forma la instrumentalidad de la medida cautelar anterior al proceso, prescribiendo lo siguiente:

“ Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computara a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la

¹⁵⁶ Normas Legales DEL Diario El Peruano. Decreto Legislativo Nº 1070. 28 de Junio del 2008. Entrando en vigencia a partir de los 60 Días de su publicación. Lima-Perú.

demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”

B. COMPETENCIA

En materia cautelar el Juez competente para dictar medida cautelar será aquel que deba emitir pronunciamiento sobre la pretensión contenida en el proceso principal.

El principio general es que, como accesorias de una ulterior providencia definitiva las medidas cautelares se deben tramitar ante el Juez que interviene o ha de intervenir en el proceso donde se actuaría el derecho asegurado.

En nuestra legislación (**Artículo 609º del Código Procesal Civil**) no se hace distinción alguna sobre las situaciones que aparezcan como supuestos permisivos o prohibitivos de competencia. En consecuencia, la competencia en sede cautelar está determinada por la cuestión de fondo debatida, quien deba resolverla será el competente para dictar cautela.

C. LEGITIMACIÓN

La legitimación activa en materia cautelar corresponde a quien es o vaya a ser parte actora en el proceso. En sentido contrario, opera la legitimación pasiva - destinatario de la medida - ya que le corresponde a quien es o será parte demandada en el proceso (**Artículo 608º C.P.C**). La legitimación sustancial activa y pasiva, necesaria para intervenir en el proceso principal o definitivo, es la que debe exigirse en el procedimiento cautelar.

En casos excepcionales, la medida cautelar se dicta sin necesidad de un pedido de las partes (**Artículo 677º 2da. parte, Artículo 685º C.P.C**). La participación de terceros en las medidas cautelares está restringido, salvo que

se hayan afectado sus bienes o tengan mejor derecho sobre bienes afectados, para lo cual tienen el camino abierto a las tercerías o la desafectación.¹⁵⁷

17. EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El segundo componente de la norma que configura una medida cautelar son las consecuencias o efectos jurídicos que constituyen el contenido de esa medida, aquello en lo que ésta consiste.

Estos efectos pueden precisar en algún supuesto de la colaboración del sujeto pasivo de la medida, por lo que también son necesarias normas que prevean los instrumentos adecuados para obtener un cumplimiento forzoso. Es decir, como para las sentencias dictadas en proceso de declaración, se plantean también la necesidad de un régimen de la ejecución de las resoluciones que adoptan medidas cautelares. En un planteamiento general pueden distinguirse las siguientes clases de efectos (que, al mismo tiempo, denotan clases de medidas cautelares en atención a su contenido):

17.1. EFECTOS DE ASEGURAMIENTO

Están caracterizados por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además, esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Por ejemplo, en el embargo preventivo que no supone que el actor perciba la cantidad reclamada, sino la sujeción de determinados bienes a la ejecución futura y una cierta preferencia a percibir el producto resultante de su realización forzosa: en la anotación preventiva de la demanda, que no es inscripción a

¹⁵⁷ HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 57-60.

favor del actor, pero permitirá que ésta se produzca con plena efectividad a pesar de inscripciones a favor de terceros en el **ínterin**.

Esta clase de efectos constituyen el contenido tradicional de las medidas cautelares, en el plano legislativo, y doctrinalmente se acepta de modo unánime y pacífico, sin duda porque responde con exquisitez al **criterio de la mínima injerencia** en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de sentencia firme. Exceder de los efectos de aseguramiento y satisfacer en alguna medida la pretensión principal, sería tolerar una ejecución sin título. Las medidas cautelares han de limitarse a ser conservativas.

17.2. EFECTOS DE CONSERVACIÓN, PERO NO DE SIMPLE ASEGURAMIENTO

Se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos y de aproximarse a un efecto de satisfacción de la pretensión. Legislativamente, se ha dado ese paso con una serie de medidas cautelares y en la doctrina este contenido de las misma merece aún una amplia aceptación.

En efecto, este contenido parece muy razonable. Cuando se argumenta que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, se está olvidando que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave, permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante la autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el statu quo previo al conflicto.

No siempre esta conducta puede reprimirse penalmente y, en todo caso, parece obvio que el Derecho Jurisdiccional deba dar una solución propia a este problema y también que esa solución, si se tiene en cuenta la razón de ser del proceso cautelar, pueda darse aceptablemente a través del proceso. Las medidas cautelares no pierden, en este caso, su carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el statu quo previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Pero trascienden de los efectos de

aseguramiento, en cuanto en la situación que preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e intereses de las partes.

Ejemplos de esta clase de efectos de las medidas cautelares, son la suspensión de acuerdos impugnados de sociedades y asociaciones, que impide que aquellos puedan ejecutarse y alterar consiguientemente la situación; la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva, etc.

17.3. EFECTOS INNOVATIVOS Y ANTICIPATIVOS DE LA SATISFACCIÓN DE LA PRETENSIÓN DEDUCIDA EN EL PROCESO PRINCIPAL

No se trata de que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Por ejemplo, la pensión adelantada de alimentos, el desalojo de inmueble abandonado.

Los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales y sin embargo, se han conferido al Juez poderes discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas, aunque esta ha sido la tendencia moderna en el Derecho comparado, tal vez por la crisis de la tutela declarativa ordinaria, al punto de que parte de la doctrina no acepta que tengan esa naturaleza y propone para las mismas, incluso una diferente denominación como Tutela Provisional.

Sin embargo, a nuestro juicio debe mantenerse el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas, las que existan deben considerarse cautelares si concurre en ellas la instrumentalidad que las vincula a un proceso principal.

18. MEDIDA CAUTELAR COINCIDENTE CON EL PETITORIO DE LA DEMANDA EN EL PROCESO DE DESALOJO

El **Artículo 679°** del Código Procesal Civil señala los casos en que procede una solicitud de anticipación de tutela en los procesos de desalojo, que si bien se establece un caso especial cuando se trata del vencimiento del plazo en el contrato de arrendamiento; en términos conceptuales se podría considerar que se aplica en todos aquellos casos en el cual el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida (posesión inmediata) y adicionalmente se acredite el “abandono del bien”.

Lino Palacio, citado por **Alberto Hinostroza Minguez** en cuanto al pedido cautelar de tenencia provisional de las cosas arrendadas en el supuesto de abandono refiere que su objeto “...se consideró circunscrito a preservar el bien arrendado del posible deterioro que pudiese experimentar a raíz del abandono, puntualizándose que la tenencia acordada al locador suponía la existencia de un proceso contencioso en trámite, circunstancia que, como es obvio involucra la existencia de una demanda encaminada al reconocimiento judicial del derecho a la restitución del inmueble y la obtención de una sentencia que condene al cumplimiento de esa prestación. La tenencia, en suma, no podía mantenerse sine die ni convertirse en definitiva sino como consecuencia de un fallo que condena al desalojo¹⁵⁸.

De manera que, la tenencia es conceptualizada por la doctrina procesal como una medida anticipada o medida temporal sobre el fondo. Ejecutar anticipadamente lo que eventualmente se resolverá al momento de sentenciar aparenta en principio ser algo injusto. Sin embargo, hay razones excepcionales que pueden llegar a justificar la aplicación de una medida de esta naturaleza.

Mediante esta medida el Juez ordena que se verifique con cierta antelación, sea integralmente o sólo en sus aspectos sustanciales, lo que presumiblemente

¹⁵⁸ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). *Procesos Sumarísimos: Doctrina y Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Página 214.

va a ser el pronunciamiento final en el proceso principal. El objetivo buscado es que la eficacia práctica de la sentencia sea igual a la que habría tenido ésta si hubiese sido pronunciada sin dilación alguna.

Se persigue que la demora del proceso no perjudique los derechos del actor dada la evidente veracidad de la pretensión, por lo cual esta última será satisfecha sin esperar la sentencia y su ejecución.

El Juzgador concederá dicha medida cautelar cuando advierta una marcada veracidad en lo señalado por el actor y en la prueba que lo corrobora, de modo que no le quepan mayores dudas que el pronunciamiento definitivo será emitido en los mismos términos del fallo anticipado.

Debe advertirse que el presupuesto que tratamos no está referido a la fundamentación de la solicitud cautelar, sino que se encuentra en función de la veracidad del fundamento de la demanda principal y su prueba anexa. Por ende, la concesión de la medida temporal en estos casos no podrá hacerse fuera del proceso.

Montefeltro opina sobre el particular que:

“La tenencia del inmueble al locador, acordada como debida cautelar (...) está condicionada a la existencia de los siguientes requisitos: promoción del juicio de desahucio – desalojo - (no podrá peticionarse entonces preventivamente antes de promover la demanda), abandono de la unidad objeto del juicio, comprobado judicialmente, y caución suficiente prestada por el actor. Una vez efectivizada, rige para el accionante la prohibición de innovar”.

Como todas las medidas cautelares, no paralizan el trámite del juicio (y por ende, no resulta acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad) y no causan estado, entonces podrá ser revocada de oficio o a pedido de parte.¹⁵⁹

Alberto Hinostroza Minguez señala por una interpretación sistemática errónea del **Artículo 674°** del Código Procesal Civil, ya que al ser concordado con la norma especial establecida por el **Artículo 679°** del Código Procesal Civil, se llega a la conclusión que **no es procedente la entrega provisional del bien pretendido en el desalojo cuando se acredita la necesidad impostergable del que lo solicita**, ya que ese supuesto no es contemplado en dicha norma.¹⁶⁰

Actualmente el **Artículo 674°** del código procesal civil, con Decreto Legislativo N° **1069**¹⁶¹ publicado 28 de Junio del 2008; cuyo ultimo párrafo se añade “...**siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público.** No cambia mucho de lo antes expuesto.

Las medidas cautelares están destinadas a proteger la concreción de la pretensión y la eficacia del proceso, en tal sentido, sólo cuando exista una sentencia firme se podrá afirmar que el órgano jurisdiccional ha formado convicción respecto de la cuestión discutida en el proceso. Es decir, que por órgano jurisdiccional no debemos entender a cada uno de los jueces que conforman los distintos grados procedimentales del litigio, sino en forma genérica, al órgano jurisdiccional destinado a solucionar el conflicto de intereses respecto de cada caso concreto.

Ello se debe no sólo a que no ha concluido el proceso, sino a que el órgano jurisdiccional en su conjunto no ha formado convicción alguna, ya que la

¹⁵⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). *Procesos Sumarísimos: Doctrina y Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Página 214-215.

¹⁶⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima - Perú. Pág. 256-258.

sentencia expedida no ha formado aún convicción alguna, ya que la sentencia expedida en primer grado, es pasible de ser revocada.

En ese sentido, el camino hacia el logro de una certeza judicial (no real) que permita la satisfacción procesal, continúa, en tanto no se haya expedido una resolución sobre el fondo que ponga fin al conflicto.¹⁶²

La certeza del juzgador de uno de los grados del órgano jurisdiccional es distinta de la lograda por el órgano jurisdiccional en sí mismo, lo relevante es que la cognición sea completa respecto de éste último. La satisfacción procesal nace de la tutela que entrega el órgano jurisdiccional procesal en su conjunto, una solicitud cautelar confiere una certeza relativa con respecto al desarrollo del proceso, que da como resultado la aparición de una resolución pasible de ser revocada y, por tanto, de ser modificada, con lo cual habrá quedado claro que aún no se trataba de una certeza judicial absoluta, entendida como la posición definitiva que asume el órgano jurisdiccional respecto de la solución de la litis.

La sentencia expedida en instancia constituye sólo una etapa de la formación de la decisión jurisdiccional, que sólo adquirirá certeza cuando aquella haya adquirido firmeza, sea por no haberse ejercido contra ella el derecho a impugnar, por no haberse agotado los actos impugnatorios respecto de la decisión o por quedar consentida, producto de otra causal preclusoria.

Por ende, la sentencia expedida en instancia constituye sólo una etapa de la formación de la decisión jurisdiccional, que sólo adquirirá certeza – desde el punto de vista de los justiciables- cuando aquella haya adquirido firmeza.

¹⁶¹ Normas Legales del Diario el Peruano. Decreto Legislativo N° 1069 publicado el 28 de Junio del 2008.Lima-Perú.

¹⁶² HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 78.

No nos estamos refiriendo a la certeza que supone el punto máximo respecto del cual el juzgador obtiene cognición plena en relación a una controversia. Ciertamente, el juez de cada grado de discusión jurisdiccional deberá llegar hasta ese nivel cognitivo, antes de expedir la resolución que concluya precisamente su grado.

En este caso, a través del concepto de certeza hacemos alusión, desde el punto de vista de las partes a la respuesta final (definitiva) y satisfactiva que el órgano jurisdiccional otorga para la conclusión del litigio.

19. DISTINTOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Tanto la doctrina como la legislación comparada, hacen diferentes clasificaciones de las medidas cautelares siendo unos incompletos y otros muy complejos, así tenemos la siguiente clasificación:

Según **HINOSTROZA MINGUEZ**, las medidas cautelares se clasifican de la siguiente manera:

19.1. DE ACUERDO A LA OPORTUNIDAD EN QUE HAN SIDO PETICIONADAS:

- a. Medidas Cautelares Anticipadas o Fuera del Proceso (Art. 608º y 636º del Código Procesal Civil).**
- b. Medidas Cautelares Dentro del Proceso (Art. 608º del Código Procesal Civil).**

19.2. SEGÚN SU PREVISIÓN O NO EN EL ORDENAMIENTO LEGAL:

- a. Medidas Cautelares Genéricas o Atípicas (Art. 629º del Código Procesal Civil).**

b. Medidas Cautelares Específicas o Típicas (Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil).

ESTAS ÚLTIMAS SE SUBDIVIDEN A SU VEZ EN:

- ❖ **Medidas para Futura Ejecución Forzada (Art. 642º al 673º del Código Procesal Civil).** Pueden ser las siguientes:

a. Embargo:

- En forma de depósito.
- En forma de inscripción.
- En forma de retención.
- En forma de intervención:
 - En recaudación.
 - En información.
- En forma de administración.

b. Secuestro:

- Judicial.
- Conservativo.

c. Anotación de Demanda en los Registros Públicos

- ❖ **Medidas temporales sobre el fondo (Artículo 674º al 681º del Código Procesal Civil).**
- ❖ **Medidas innovativas (Artículo 682º al 686º del Código Procesal Civil).**
- ❖ **Medidas de No Innovar (Artículo 687º del Código Procesal Civil).¹⁶³**

¹⁶³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2002). *El Embargo y otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 18-19.

20. DESARROLLO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

20.1. POR LA TIPICIDAD

La regulación de las medidas cautelares obedece a cuestiones de orientación y utilidad práctica, en las cuales existe un número considerable de medidas que tienen como objeto la obtención de tales medidas. En consecuencia, una considerable proporción de las medidas solicitadas encuentran regulación en el ordenamiento procesal.

Es a estas medidas a las que la doctrina denomina medidas cautelares típicas. Además, existe un número inferior de procesos que requieren para su eficacia, de medidas cautelares, para lo cual existe lo que se denomina un **poder general de cautela del juez**, que viene a ser una de las más importantes expresiones del poder jurisdiccional.

Se trata de un poder - deber que se encuentra regulado en el **Artículo 629** del Código Procesal Civil Peruano, el cual establece qué es una Medida Cautelar Genérica:

“Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.”

En este orden de ideas, se pueden otorgar medidas cautelares acordes con los requerimientos del proceso y con prescindencia de que se encuentren expresamente acogidas por norma jurídica alguna.

Nos encontramos entonces frente a la posibilidad que se puedan otorgar medidas cautelares atípicas. Además, se puede considerar no sólo a las no previstas por el ordenamiento, sino también a aquellas a las que hace referencia de manera indirecta (no expresamente) cualquiera de los dispositivos legales que conforman un sistema jurídico.

Por ello, dicha expresión no resulta exacta a pesar de haber sido acogida por gran parte de la doctrina, ya que se confunde lo típico con lo innominado, cuando en **realidad muchas medidas sin nombre son tipificadas por el ordenamiento.**

A. MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA:

Las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación a que se le condenará al vencido mediante el correspondiente fallo jurisdiccional. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización. Las medidas para futura ejecución forzada son el embargo (en sus diferentes formas) y el secuestro (judicial y conservativo).¹⁶⁴

A.1. EL EMBARGO

El Embargo, es el acto procesal de naturaleza preventiva encaminado a la inmovilización jurídica de los bienes del obligado, con la finalidad que el acreedor pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago.

El Artículo 642º del Código Procesal Civil define al embargo del siguiente modo:

“Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”.

¹⁶⁴ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima - Perú. Pág. 256-258.

El embargo supone una actividad procesal porque:

- Es un acto jurisdiccional.
- Se dispone dentro de un proceso- en cuaderno especial.
- Está conformado, no por un acto único, sino por una serie de actos procesales que se interrelacionan.
- Sirve a la obtención de los fines del proceso.

Son condiciones de la embargabilidad principalmente las siguientes:

- **La Alienabilidad.-** Viene a ser la idoneidad objetiva de un bien para ser transmitido por cualquiera de los medios contemplados en el derecho positivo. Un bien es entonces alienable cuando es susceptible de poder ser transferido válidamente a terceros. Por ello, los bienes para poder ser embargables y realizables; es decir, susceptibles de embargo y de realización forzosa, deben ser transmisibles; la transmisibilidad y alienabilidad constituyen, pues, los presupuestos esenciales que debe concurrir en un bien o derecho sobre él, para que se entienda embargable.
- **La Pertenencia de los Bienes al Demandado.-** En efecto, debe ser el patrimonio del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal el que responda por la obligación cautelada con el embargo. Esto se funda en la extensión de los efectos de todo proceso civil, que solo alcanzan a las partes intervinientes. Por ende, si el embargo se practica sobre bienes de propiedad de una tercera persona distinta al demandado, se estaría desviando la ejecución forzosa hacia un sujeto que no tiene por qué sufrir sus consecuencias, al no estar dirigida contra él la pretensión principal.
- **La Suficiencia y Preferencia de los Bienes.-** El valor de los bienes objeto de embargo establece un límite cuantitativo según el cual la afectación tendrá lugar sólo sobre aquella parte del patrimonio del deudor que resulte suficiente para asegurar el propósito al que el embargo sirve.

En consecuencia, la salvaguarda o equilibrio entre los respectivos intereses del ejecutante y ejecutado impone una doble exigencia: **a)** que el embargo abarque todos los bienes que resulten necesarios para cubrir la cantidad de la ejecución; **b)** que la traba no se extienda a bienes distintos de los anteriores.

El Embargo consigue que los bienes sobre los que recae dicha medida cautelar sean destinados al pago de la acreencia, una vez que se ingrese a la etapa de ejecución forzada. Por otra parte, se presenta como una expectativa procesal favorable al demandante la preferencia respecto del producto que se obtenga de la venta forzada de los bienes embargados.

Asimismo, no priva a quien lo sufre de la titularidad de su derecho sobre el bien objeto del mismo. De ser así, no sería necesario pasar a la subsiguiente fase de ejecución forzada, consistente en la realización de los bienes embargados.

Por disposición del **Art. 644º del Código Procesal Civil** en la ejecución del embargo (o secuestro), el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta respectiva, bajo responsabilidad y con auxilio de un perito cuando sea necesario:

- La naturaleza de los bienes.
- Su número o cantidad.
- La marca de fábrica.
- El año de fabricación.
- El estado de conservación y funcionamiento.
- La numeración registral.
- Los demás datos para la cabal identificación y devolución de los bienes en el mismo estado en que fueron depositados.

Así, el auxiliar jurisdiccional deberá consignar en el acta la identificación de la persona designada como órgano de auxilio judicial, y certificar la entrega de los bienes a ésta.

A.2. CLASES DE EMBARGO:

A.2.1. EMBARGO EN FORMA DE DEPÓSITO.- En principio, el depósito voluntario constituye aquella institución por la cual el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando se lo solicite el depositante **(Artículo 1814º del Código Civil)**.

El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo apremio de un hecho o situación imprevista **(Artículo 1854º del Código Civil)**. El depósito judicial no es voluntario, ejerciéndose control de la cosa por el veedor- de haberlo- por las partes y por el Juez, a diferencia del depósito civil en que tal control lo ejerce el depositante.

Además, en este último el bien está a la orden del depositante, debiendo serle devuelto en cuanto lo requiera, mientras que en el depósito judicial el bien está a la orden del Juez. El embargo en forma de depósito puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles no inscritos.

Por su generalidad, la medida cautelar no debe prescindir de la intervención del órgano jurisdiccional (jurisdiccionalidad), es provisoria, resulta ser instrumental, es susceptible de variación y es contingente. Además de los presupuestos genéricos, están los presupuestos que establece el **Artículo 650º** del Código Adjetivo, éstos son los siguientes:

- Que se trate de un inmueble no registrado.
- Se puede afectar el bien mismo, excluyendo sus frutos.
- La necesidad de nombrar depositario al mismo obligado.
- La exoneración del pago de la renta por parte del afectado.
- Obligación del afectado-propietario de conservar la posesión inmediata del predio.¹⁶⁵

¹⁶⁵ HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 107-108.

Actualmente; el Artículo **650º** del Código Adjetivo (modificado con el Decreto Legislativo **Nº1069** ¹⁶⁶**De fecha veintiocho de junio del dos mil ocho**), **Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona , dispone los siguientes presupuestos:**

- Que se trate de un inmueble no inscrito.
- Se puede afectar el bien mismo, excluyendo sus frutos.
- La necesidad de nombrar depositario al mismo obligado.
- Exoneración del pago de la renta por parte del afectado.
- Obligación del afectado-propietario de conservar la posesión inmediata del predio.
- El Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, solo para fines de la anotación de la medida cautelar.
- Acreditar de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro.
- Deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro, y se anotara en la partida respectiva.
- La subasta se llevara adelante una vez regularizado el trato sucesivo registral.

A.2.2. EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN.- Es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, naves, aeronaves, vehículos automotores, etc.) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el Registro Público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos.

Si bien no impide la transferencia del bien, trae como consecuencia jurídica que el adquirente del mismo asuma la carga de la medida preventiva hasta por el monto que ella alcance, sustituyéndose aquél al deudor para tales efectos, salvaguardándose así los intereses del titular de la medida.

¹⁶⁶ Normas legales, Diario El Peruano. Decreto Legislativo **Nº1069**. Con fecha veintiocho de Junio del dos mil ocho, que modifica al artículo 650 del código procesal civil.Lima-Perú.

Esta clase de embargo se basa en el principio registral de publicidad por el cual se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Por tanto, una vez registrado ninguna persona puede alegar el desconocimiento del embargo en forma de inscripción, descartándose así la buena fe del adquirente en caso de transferencia del bien.

El **Artículo 656º del Código Procesal Civil** regula el embargo en forma de inscripción estableciendo lo siguiente:

“Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que éste resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente”.

La compatibilidad que exige este Artículo entre la afectación y el título de propiedad ya inscrito implica que el titular del derecho dominial que aparezca en el Registro sea el obligado y no otra persona. Tal compatibilidad supone además que el bien sea susceptible de embargabilidad, pues no procedería la inscripción del embargo si tuviese la calidad de inembargable (o inafectable), como cuando se trata de un bien que se constituyó en patrimonio familiar, o que perteneciendo al Estado sea de dominio público.

Es muy importante el requisito de compatibilidad aun en el caso de haber resolución judicial que ordene la inscripción de una medida incompatible con dicho título y estando el registrador público obligado a no calificar tal resolución por mandato del segundo párrafo del **Artículo 2011º del Código Civil**, debe el indicado registrador rechazar la inscripción en observancia del Principio de Tracto Sucesivo (**contemplado en el Artículo 2015º del Código Civil**), según el cual ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se

inscriba el derecho de donde emane, debiendo mantenerse siempre la exacta concordancia entre la realidad registral y el contenido del acto que se pretende inscribir; es decir, que de los asientos registrales existentes se aprecie el nexo entre el título dominial inscrito y los demás derechos registrados o por registrarse.

El impedimento del acceso del mandato cautelar al Registro a causa de incompatibilidad descrita se funda además en el hecho de que ninguna inscripción puede irrogar daño a los terceros ajenos a una relación jurídica, en razón de no amparar la ley el abuso del derecho.

El registrador público no tiene por qué exigir el acta de embargo que, por lo general, extienden y adjuntan los auxiliares jurisdiccionales, pues el **Artículo 656º** del Código Procesal Civil determina que el embargo en forma de inscripción se ejecuta inscribiéndose el monto de la afectación, lo cual tendrá lugar en la partida registral donde corre inscrito el bien materia de la medida precautoria.

Por lo tanto, es con tal inscripción que se ejecuta o formaliza la medida cautelar y no con la facción del acta que acostumbran a realizar los auxiliares jurisdiccionales.¹⁶⁷

A.2.2.1. DISTINCIÓN ENTRE EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN Y ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

El embargo en forma de inscripción es una medida cautelar que tiene por finalidad limitar la disponibilidad de los bienes registrados para así garantizar el cumplimiento del fallo definitivo. Pese a no prohibir la transferencia del bien, resulta eficaz a su propósito por cuanto el adquirente asume la carga de la medida hasta por el monto que ella represente, en virtud del principio de publicidad registral, según el cual se presume jure et de jure que todos tienen

¹⁶⁷ PODETTI, Ramiro (1956). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina.

conocimiento del contenido de las inscripciones, incluyéndose al embargo en forma de inscripción.

En cambio, la anotación de la demanda en los Registros Públicos, constituye una medida cautelar dirigida a inscribir dicho acto procesal con la finalidad de que todos tomen conocimiento de la existencia de un proceso en que se encuentra ventilándose una pretensión referida a derechos inscritos, que puede afectar su libre disponibilidad por estar sujetos de una y otra manera al resultado del proceso.

A diferencia del embargo en forma de inscripción que tiene por fin asegurar la materialización del derecho declarado en juicio, tenga o no vinculación con el bien afectado, la anotación de demanda en los Registros Públicos se encamina a preservar directamente la pretensión misma, haciendo uso de la publicidad registral que evite la invocación de buena fe por parte de tercero.

A.2.2.2. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

La anotación preventiva de embargo es la medida de aseguramiento de la traba (y no una medida cautelar strictu sensu) que resulta idónea cuando recae sobre bienes muebles o inmuebles registrados. De esta manera, se brinda publicidad registral únicamente a la medida cautelar ordenada, a diferencia de la anotación de litis en que la publicidad se refiere a la pretensión principal respecto de un bien.

Mediante la anotación preventiva de embargo en los Registros Públicos todos adquieren conocimiento de que sobre un bien pesa un determinado gravamen, por lo que, si el acto jurídico de traslación o de carga es posterior a la anotación, no se puede invocar buena fe, debiendo asumir el adquirente la carga que importa la medida hasta por el monto que ella alcance, teniendo preferencia el embargo anotado sobre las medidas cautelares y otros gravámenes efectuados o constituidos posteriormente. En consecuencia,

debemos tener presente que la anotación del embargo no priva al afectado del poder de disposición sobre el bien materia de embargo.

A.2.3. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN

Se da cuando la medida cautelar recae sobre un crédito del obligado o sobre bienes pertenecientes al mismo que se encuentran en poder de terceros, ordenándose su retención.

La retención es una obligación que por mandato judicial se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva. Esta medida supone la inmovilización de bienes y valores del afectado que efectúa un tercero, quien se encuentra en posesión de ellos (no siempre en calidad del deudor).

MONROY señala que “a través del embargo en retención se solicita a este deudor (se refiere al tercero) del deudor mantenga en su posesión el bien del deudor embargado. Tratándose de una medida cautelar, nos encontramos ante un mandato judicial que debe ser necesariamente por este tercero que pasa a ser el retenedor, quien queda sujeto a la decisión judicial respecto del destino del bien retenido”.¹⁶⁸

El retenedor no modifica de modo alguno su relación jurídica con el obligado, sino que, en virtud del mandato que se pone en su conocimiento a través de la notificación respectiva, asume el deber de entregar el bien objeto de retención, desde que le sea impuesto, de la manera que el afectado-de no existir embargo-se lo hubiere exigido, pero no al último sino al Juzgado.

Si se trata de dinero, tendrá que depositarlo a la orden de éste en el Banco de la Nación. En caso de bienes distintos, los pondrá a disposición del órgano

¹⁶⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 139-161.

jurisdiccional que expidió el mandato cautelar, asumiendo la calidad de depositario en tanto esto no se produzca.

Se acostumbra solicitar embargo en forma de retención, por lo general, sobre los fondos y valores que el obligado tuviere en cuenta corriente, depósito, custodia o cobranza, ya sea individual o mancomunadamente, en las distintas instituciones bancarias y/o financieras.

El embargo en forma de retención se encuentra normado en el **Artículo 657º** del Código Procesal Civil, el cual preceptúa que:

“Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez”

Por lo tanto, no sólo los bienes de carácter mobiliario o inmobiliario forman parte del patrimonio de un pretense deudor demandado en un proceso de cognición o ejecución, también forman esta masa patrimonial los derechos de crédito, en razón de tal y por ser parte de éste no cabe duda que les pueda afectar con el conocido embargo.

Los derechos de crédito no son otros que las acreencias a favor de un sujeto de derecho, pendientes de cumplimiento por un tercero constituido como su deudor; ante esta circunstancia, cuando se tiene conocimiento de la existencia de un derecho de crédito a favor de nuestro deudor, la norma adjetiva nos brinda la posibilidad de embargarlo.

Esta viene a ser una subforma del embargo en la modalidad de retención, pues en la concepción de la norma indicada se ha considerado la retención como forma de embargo en dos vertientes: una que se orienta a los derechos de

crédito del deudor; es decir cantidades dinerarias líquidas e ilíquidas; y otra que tiene relación con diversos bienes del propio deudor que se encuentran en posesión de terceros (llámese comodato, usufructo, depósito u otro)¹⁶⁹

El embargo en forma de retención se encuentra normado en el **Artículo 657º** del Código Procesal Civil, que a sido modificado por El Decreto Legislativo **Nº1069** con fecha veintiocho de junio del dos mil ocho el cual preceptúa que:

“Cuando la medida recae sobre derechos de credito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, Depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otro bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenara la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención”.

A.2.4. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN

El embargo en forma de intervención representa aquella medida cautelar dirigida a embargar los ingresos de las empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas (incluyéndose aquí a las que no tienen fines de lucro), para lo cual son ellas objeto de control o intervención por parte del órgano de auxilio judicial denominado interventor, quien, en mérito del mandato cautelar

¹⁶⁹ HURTADO REYES, Martín. *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág. 162.

respectivo, se ocupa de recaudar directamente tales ingresos (haciendo exclusión de los destinados a cubrir los gastos propios de funcionamiento, como, por ejemplo, los haberes del personal que en ellas labora) o de informar sobre la marcha económica de la empresa intervenida a fin que el peticionante de la medida y el Juez conozcan sobre su real situación.

La intervención no busca la desposesión del conjunto de bienes que sirven a la actividad empresarial del sujeto obligado (pues recae solo sobre los ingresos que se obtengan) ni la sustitución de los órganos de administración existentes.

Es por esta razón que este tipo de medida cautelar no paraliza las actividades económicas de la empresa afectada, debiendo el interventor únicamente inspeccionar el negocio, y verificar sus operaciones y utilidades, informando de ello al Juez o recaudando las últimas directamente y consignándolas en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado. De acuerdo a la actividad que se le ordene desarrollar al inventor, el embargo en forma de intervención puede ser de dos clases:

A.2.4.1. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN RECAUDACIÓN

Se trata de una medida cautelar complementaria del embargo aplicable con relación a ingresos percibibles en forma periódica: alquileres, entradas a espectáculos públicos, ganancias de un comercio, etc.

Esta forma de la medida supone que el interventor nombrado tiene como función específica retirar, en el porcentaje y la periodicidad fijada en la providencia cautelar, los ingresos producidos por el negocio, luego de lo cual deberá depositarlos a la orden judicial.

Si bien la recaudación debe cubrir la totalidad del capital reclamado, más sus intereses y costos, en razón de que aquélla debe prolongarse en el tiempo integrándose con sucesivas retenciones, éstas no pueden exceder de un determinado porcentaje sin riesgo de afectar capital y gastos de explotación

que corresponde respetar para asegurar, precisamente, la generación de ingresos.¹⁷⁰

A.2.4.2. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN INFORMACIÓN

Esta medida tiene por finalidad que el interventor informante nombrado por el Juez, entere al Juzgado, con la periodicidad que se fije en la providencia cautelar, sobre el estado de los bienes que se negocian, sobre las operaciones comerciales que se realizan y sobre todo aquello que pueda ser trascendente para el proceso y que se presenta en la actividad comercial.

A.2.5. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN

Esta clase de embargo es aquel que recae sobre bienes fructíferos que se afectan en administración con la finalidad de recaudar los frutos que se produzcan.

El **Artículo 669º del Código Procesal Civil** señala, al respecto, lo siguiente:

“El objeto de la administración no viene constituido precisamente por los frutos y rentas cuya afección quiere garantizarse, sino por el patrimonio o elementos patrimoniales del ejecutado que producen aquéllos, y la administración tiene por objeto no la custodia de los bienes, que es el elemento primario y básico, sino hacerlos producir el trabajo, frutos y rentas; según su naturaleza, sean pertinentes e inclusive, transformar estos bienes o convertirlos en los casos y en la medida que la naturaleza de la administración exija”

¹⁷⁰ PALACIO LINO, Enrique (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires - Argentina. Pág. 136.

La diferencia entre la función desarrollada por el interventor y la que lleva a cabo el administrador radica en que el primero únicamente recauda los ingresos o proporciona información económica y/o financiera de la empresa intervenida, ajustándose a las directivas de su dueño o representante; mientras que el administrador precisamente se encarga de la dirección de aquélla, debiéndose acatar todas sus disposiciones.

Esta medida cautelar puede afectar también bienes considerados en forma aislada y no corporativamente (como es el caso, por ejemplo, de un inmueble dado en arrendamiento, recaudando el administrador nombrado judicialmente la renta del mismo).

Por tratarse de una medida cautelar que puede acarrear efectos gravísimos y por qué no irreversibles sobre el patrimonio del afectado, el embargo en forma de administración se acostumbra decretarlo, por lo general, luego que haya resultado improductivo el embargo en forma de intervención.

A.3. EL SECUESTRO

El secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente-como en el embargo- un determinado bien mueble (registrado o no) para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente.

Implica la desposesión del bien de su tenedor (que puede ser el afectado o un tercero, si no estuviese en poder del primero) y entrega a un órgano de auxilio judicial denominado “**custodio**”, para que lo guarde y conserve a orden del Juzgado hasta que se decida en definitiva el asunto principal (si acaso el levantamiento, sustitución o variación de la medida precautoria no se produce antes). A través del secuestro se produce la extracción o aprehensión de los bienes del obligado, sea quien fuere el que los estuviese poseyendo al tiempo de la medida (respetándose los derechos adquiridos), en lo que resulte suficiente para garantizar el efectivo cobro de la deuda del afectado.

A.3.1. CLASES DE SECUESTRO:

- **SECUESTRO JUDICIAL.-** El secuestro como medida cautelar autónoma tiende a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o futuro. Recae, por ende, sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya formulada o que se ha de formular. El secuestro es definido por el Código Procesal Civil en el primer párrafo del **Artículo 643º**, el cual señala que: **“Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez”**. El secuestro judicial difiere del civil por cuanto el primero es un acto procesal de naturaleza cautelar, mientras que el segundo constituye una modalidad nominada de la prestación de servicios; vale decir, que se trata de un contrato. Se asemejan en el hecho de que el bien debe ser entregado a quien corresponda, conforme al resultado de la controversia.
- **SECUESTRO CONSERVATIVO.-** El secuestro conservativo no recae necesariamente sobre el bien que se discute en el proceso principal como en el judicial, sino en cualquier bien del deudor, a fin de servir de garantía para el cumplimiento de la ejecución. La definición del secuestro conservativo se halla contenida en el segundo párrafo del **Artículo 643º** del Código Procesal Civil, el mismo que establece lo siguiente: **“Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”**.¹⁷¹

¹⁷¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2002). *El Embargo y otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 99-151.

El segundo párrafo del **Artículo 643º** del Código Procesal Civil del Código Procesal Civil, se ha modificado por el Decreto Legislativo N°1069¹⁷², con fecha veintiocho de junio del dos mil ocho, **el mismo que establece lo siguiente:**

“Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”.

20.2. POR LA INCIDENCIA SOBRE LA RELACIÓN MATERIAL

Para tal efecto, es necesario hacer una distinción entre relación material y relación procesal. Ésta última se refiere a la situación fáctica y jurídica en la cual sucede una crisis de cooperación entre dos o más sujetos (falta de pago del saldo del precio de una adquisición u obligación cualquiera de carácter económico comercial o familiar, etc.), esta relación se encuentra relacionada en la inmensa mayoría de supuestos con las normas jurídico materiales.

En cambio, la relación procesal es consecuencia de la primera, ya que se origina en el momento en que uno de los sujetos participa de la relación material. Para ello, interpondrá la demanda, con la cual se da inicio a la relación procesal.

A.1. Medidas Cautelares Conservativas.- Son aquellas medidas destinadas a la conservación de la situación inicial con el propósito de proteger la eficacia del proceso. Con ello se procura que el paso del tiempo no altere la situación jurídica al momento de la expedición de la sentencia.

El **ejemplo** del deudor a quien le son embargados sus bienes con el propósito de evitar que éste altere la relación material disponiendo de ellos y frustrando así los intentos del demandante por cobrarse lo que le es adeudado.

¹⁷² Normas Legales. Diario el Peruano. Decreto Legislativo N°1069. Publicado el veintiocho de Junio del dos mil ocho. Qué modifica el artículo 643º del código procesal civil. Lima-Perú.

Las medidas conservativas afectan una porción de la relación material que podría alterarse y conllevar a la ineficacia del proceso. Sin embargo, ellos no cubren todos los requerimientos de los que debe ser objeto la medida cautelar.

A.2. Medidas Cautelares Innovativas.- Son aquellas medidas en las que el peligro en la demora se encuentra precisamente en la mantención de algún aspecto de la relación material. Por ello, es necesario recurrir a una medida que, contrariamente a las conservativas, altere la relación material existente al inicio de la relación procesal procurando el aseguramiento de la eficacia del proceso.

No deben ser consideradas de carácter excepcional debido a que, en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la teoría cautelar, la medida sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno; es decir, que su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite.

Es el caso, **por ejemplo**, de una fábrica que expide gases contaminantes que comprometen seriamente el medio ambiente. Una medida innovativa será aquella destinada a detener la producción de la fábrica hasta la conclusión del proceso.

20.3. POR LA SIMILITUD DE SUS EFECTOS CON LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: MEDIDAS CAUTELARES SOBRE EL FONDO O CAUTELAS SATISFACTIVAS

Son aquellas en las cuales los efectos de la medida cautelar otorgada coinciden con lo que es materia de la pretensión principal. Sin embargo, hay quienes no sostienen esto, por ejemplo, **Juan José Monroy Palacios** sostiene que el proceso cautelar siempre tiene un carácter instrumental respecto del proceso principal, por el cual la materia cautelar goza de autonomía teleológica y cognoscitiva. El juez dicta medidas similares a los requerimientos contenidos

en el petitorio de la demanda, ya que es la mejor forma de asegurar la eficacia del proceso.

Por ende, la denominación de medida cautelar sobre el fondo es errada, porque no es lo mismo una simple coincidencia práctica que identificación plena (jurídica y material), ni tampoco que se denomine cautela satisfactiva, ya que ello hace referencia a la posibilidad de solucionar un conflicto de intereses de manera definitiva, por tratarse de una característica atribuible únicamente al proceso, más no a los instrumentos que se encuentran al interior de él, como una medida cautelar que es un incidente destinado a procurar la eficacia del proceso. Durante el desarrollo del proceso, no se pueden construir derechos sustanciales sobre meras situaciones expectaticias.

La satisfacción se trata en general de un fenómeno en donde las partes de la relación procesal se ven favorecidas con la culminación del proceso, al satisfacer su necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional para que le sea resuelta su controversia; independientemente del sujeto favorecido con la sentencia final.

La ejecución provisional es una institución procesal que se asemeja mucho a las llamadas medidas cautelares sobre el fondo y se sustenta en la siguiente consideración: el primer grado de jurisdicción concluye con una sentencia sobre el fondo, cuando el Juez de instancia encuentra certeza sobre la fundabilidad del derecho.

Esta institución convierte a aquella certeza en requisito para retirar el efecto suspensivo del eventual recurso de apelación y proceder, por tanto, a la ejecución inmediata. Las medidas cautelares coincidentes (mal llamadas “sobre el fondo”) hacen suyos todos los beneficios que la ejecución provisional pueda proveer.¹⁷³

¹⁷³ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 368.

21. LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

Según el **Artículo 674º** del Código Procesal Civil, “Las Medidas Temporales sobre el Fondo se concederán excepcionalmente, por necesidad impostergable del que la pide o por firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta”. De ello, se pueden desprender los siguientes elementos constitutivos de estas medidas:

➤ **Motivos**

Existen procesos que permiten la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir. De manera que, la Ley da como motivación o fundamentación a:

- **La necesidad impostergable de quien lo pide.-** Así, tenemos por ejemplo, a los Procesos de Alimentos en los que se atiende prioritariamente a las necesidades básicas de la persona, tales como: alimentos, vestido, vivienda, educación y salud; lo cual resulta impostergable, dado que su exigencia es diaria y urgente. Consecuentemente, apenas se interponga la demanda de alimentos, el Juez fijará una pensión provisional de alimentos al hijo alimentista.
- **La firmeza del fundamento de la demanda.-** Este viene a ser otro de los motivos para que, excepcionalmente, el Juez decrete la ejecución anticipada de la sentencia, mediante una medida temporal sobre el fondo.
- **La prueba aportada.-** En este caso, **por ejemplo**, cuando se entrega un inmueble en anticresis, se puede solicitar la ejecución anticipada al producirse el vencimiento. De modo que, la ejecución anticipada también está justificada por la calidad de la prueba aportada, dado que al interponer una demanda es indispensable aportar como prueba la

escritura pública respectiva en la que conste el derecho invocado, tal como sucede en la ejecución de una deuda expresamente reconocida.

➤ **Ejecución Total y Parcial**

La ejecución judicial anticipada puede referirse al total de la pretensión reclamada o a parte de ella. Así, tenemos que la asignación provisional de alimentos se refiere al cumplimiento total de la obligación.

En cambio, en los procesos sobre divorcio cuando se decreta la autorización para que los cónyuges vivan en domicilios separados, se trata de una ejecución anticipada parcial, dado que el divorcio implica también la disolución del vínculo conyugal, la liquidación de la sociedad de gananciales, entre otros aspectos.

➤ **Medida Anticipada**

Como sabemos, lo común en un proceso judicial es que siga el curso de sus diferentes etapas sucesivas y necesarias, dado que después de la etapa inicial y la recopilación de pruebas, viene la sentencia y posteriormente, la ejecución de la misma. Sin embargo, en la ejecución anticipada, se ejecuta algo que aún no ha sido sentenciado.

Tal es así que, el Código de Procedimientos Civiles (derogado) no contempló la institución de la “**Ejecución Anticipada**”, pues han sido Leyes Especiales las que la han puesto en aplicación, así tenemos por ejemplo: **La asignación provisional de alimentos (D. L Nº 120) y la restitución de la posesión, en la usurpación, se ordenaba en aplicación del D.L Nº 312.**

➤ **Medida Excepcional**

La ejecución anticipada sólo procede en casos específicos y en forma excepcional, constituye una medida extraordinaria autorizada por la Ley, dado que sólo procede cuando se presentan casos debidamente justificados; es

decir, que el Juez va evaluar si efectivamente las circunstancias ameritan decretar una ejecución anticipada.¹⁷⁴

TEMPORALIDAD

Otro tema a resolver , es el de precisar cuál es el alcance del concepto de temporalidad, ya que el título del artículo 674 del código procesal civil, califica de “Temporales” a las medidas que tratamos. El problema que genera esa característica es el de determinar si una vez adoptadas, pueden ser dejadas sin efecto antes del dictado de la sentencia definitiva. Recordemos que así lo indica el artículo 274, párrafo 4 del ordenamiento procesal brasileño transcrito a esta nota.

El Código Procesal Civil, nada dice al respecto, pero así como sostuvimos que las medidas cautelares están sujetas al principio del *rebus sic stantibus*, entendemos, como lo dejamos expresado más arriba, que ese principio no opera como regla general en materia de anticipación. Nosotros pensamos como principio general, que la idea de la anticipación no admite la restitución de lo resuelto hasta el momento de la sentencia; además, que la temporalidad está referida al lapso que va entre la adopción de la medida y el fallo definitivo. Ello es así, porque para eso ha jugado la cuasi certeza del derecho como presupuesto ineludible para otorgar el beneficio. Desde este momento en adelante, no hay oportunidad procesal habilitada para analizar la validez de la pretensión, que no sea la sentencia definitiva. Este principio será dejado de lado en situaciones extremas, cuando jueguen acontecimientos que tornen evidente la improcedencia de la anticipación (por ejemplo, la confesión del que obtuvo la medida, una contundente probanza indubitada acerca de la inexistencia del derecho, la sentencia dictada en contra de quien obtuvo la anticipación aun cuando se encuentre recurrida con efecto suspensivo).

¹⁷⁴ ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2002). *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 933-934.

De esa manera, creemos que la “temporalidad” se refiere a la permanencia de la anticipación frente a la sentencia definitiva que pudiera declarar con “certeza” la improcedencia del derecho que justificó la anticipación. Otro alcance de la temporalidad está dado por la falta de deducción de la pretensión principal en tiempo oportuno (artículo 636 del Código Procesal Civil), cuando la medida se logra antes de la iniciación del proceso. Así pensamos que si el código procesal civil, considera que las anticipatorias son cautelares, deben sujetarse a sus reglas en tanto no sean incompatibles con su sentido esencial; de todas formas y fundamentalmente, sostenemos que quien logro la medida, no puede dejar en estado de indefensión a su contrario, ni forzarlo a tener que iniciar un juicio para que se declare la falta de razón jurídica de quien la obtuvo¹⁷⁵.

IRREVERSIBILIDAD

Merece atento estudio el tema de si es factible acceder a la medida cautelar sobre el fondo cuando la anticipación significa el cumplimiento irreversible de la pretensión. La ley brasileña en su párrafo 2 del artículo 273 no la admite cuando diera ese resultado, pero la doctrina de ese origen entiende que ante el daño irreversible significado por no accederse a la anticipación debe dejarse de lado la improcedencia y atento la cuasi certeza, accederse a la medida.¹⁷⁶ La Ley peruana no contiene ninguna disposición esclarecedora, pero la necesidad de cumplir con el fin de hacer efectivos los derechos sustanciales logrando la paz social en justicia (**artículo III Título Preliminar del código procesal civil**) nos permite sostener que si bien en principio la irreversibilidad de la medida no admitirá su concesión, como solución extrema, en base al cumplimiento de los presupuestos referidos y atento los valores en juego en el conflicto, debe preferirse la satisfacción del derecho del peticionante, sobre todo si no se afectan derechos de terceros. Así, por ejemplo, en un juicio por escrituración no podría anticiparse la factura del acto, pero sí permitir el uso del bien por el solicitante; en cambio podría ordenarse una prestación alimentaria, indispensable para la subsistencia, en base a la indubitable prueba del vínculo,

¹⁷⁵ Rivas , Adolfo A. (2005). Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Pág. 254-255. Lima-Perú.

aun cuando por la situación económica del alimentario, sea previsible la imposibilidad de restitución ulterior en caso de sentencia que no haga lugar a la demanda.¹⁷⁷

El Artículo **Artículo 674º** del Código Procesal Civil, ha sido modificado por el Decreto Legislativo N°**1069**¹⁷⁸ con fecha Veintiocho de Junio del Dos mil Ocho, y señala: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, **siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público**”.

21.1. DISTINCIÓN ENTRE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO Y LAS MEDIDAS INNOVATIVAS

Las medidas innovativas proceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable; en cambio, las medidas temporales sobre el fondo son concedidas debido a la necesidad impostergable de quien la pide (lo cual supone una medida de urgencia, pero no que el daño que aquí se pretende evitar en sede cautelar tenga estrictamente carácter de irreparable), o a la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada.

Las medidas innovativas no son ciertamente excepcionales, pues se aplican cuando la medida cautelar prevista en la ley sea mas adecuada a las circunstancias fácticas; las medidas temporales sobre el fondo, por su parte, proceden ante las hipótesis de necesidad impostergable del peticionante o de la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada; es decir, así

¹⁷⁶ Carreira Alvim, J. E. , Código de Processo Civil Reformado, Editorial del Rey, pág 102 Belo Horizonte 1995.

¹⁷⁷ Rivas, Adolfo A. (2005). Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Pág.255. Lima-Perú.

¹⁷⁸ Normas Legales. Diario El Peruano. Decreto Legislativo N°**1069**. Publicado el veintiocho de junio del dos mil ocho. Que modifica al artículo 674º del código procesal civil. Lima-Perú.

existan otras medidas cautelares aplicables, de darse los supuestos indicados, nada obsta que puedan solicitarse y ser admitidas.

Las medidas innovativas se dirigen a reponer un estado de hecho o de derecho, cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda (y por lo tanto, el petitorio de ésta será el lograr tal reposición), en similar sentido las medidas temporales sobre el fondo consisten en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, por ende podemos afirmar que las dos clases de medidas cautelares prácticamente coinciden con la pretensión que aseguran. En ello, pues, se asemejan las medidas innovativas y las medidas temporales sobre el fondo.

22. LA COSA JUZGADA ANTICIPATORIA

Existen antecedentes sobre el particular, hasta antes de la expedición del Código Procesal Civil sobre las decisiones anticipatorias. Ubica a las denominadas “Medidas Temporales sobre el Fondo” como un Sub - Capítulo del Título IV de la Sección Quinta, comprensiva del Proceso Cautelar.

Además, formula un agrupamiento de esa actividad que permite diferenciarlas de las medidas cautelares destinadas a una futura ejecución, a las medidas innovativas, y a la de no innovar. Nuestra realidad, muestra cada vez con mayor intensidad el fenómeno jurídico consistente en el dictado de decisiones destinadas a anticipar el efecto de cumplimiento de lo requerido por el actor. En otras palabras, satisfacer su pretensión, total o parcialmente, antes del momento en que corresponda un pronunciamiento definitivo.

Lo mencionado anteriormente, generalmente, se da en supuestos en los que la situación del demandante (cierta o presunta) o el interés público en la protección inmediata del derecho afectado, justifican apartarse del curso

normal del proceso para cumplir con aquella satisfacción, de tal modo que no se torne inocua la actividad jurisdiccional.¹⁷⁹

22.1. CLASIFICACIÓN DE LA COSA JUZGADA ANTICIPATORIA

Siguiendo a **Adolfo Rivas**¹⁸⁰, la doctrina admite que la Cosa Juzgada Anticipatorio, sea dividida según se hubiese arribado a ella por medio de una forma de convicción:

A. IMPROPIA CON SUSTANCIACIÓN.- Es aquella que resulta de cotejar la pretensión (demanda) con la defensa (contestación de la demanda); esa solución da una especial robustez a las conclusiones del magistrado, distinta por cierto de las que forma un procedimiento carente de sustanciación; pero sin llegar a una certeza propia.

B. IMPROPIA SIN SUSTANCIACIÓN.- Es aquella que se da en ciertos casos en los que por motivos de urgencia la lógica jurídica impone una solución inmediata del conflicto. Ésta puede dividirse a su vez en:

b.1. Impropia por Satisfacción.- En la que si bien, la pretensión queda cumplida, es posible que el fallo definitivo revierta lo decidido (**por ejemplo, la restitución inmediata del bien cuyo desalojo se pide**).

b.2. Impropia por Consumación.- En ella, la cobertura de la pretensión es de tal naturaleza que no deja espacio para una modificación ulterior, de manera que lo decidido anticipadamente se confunde en la realidad con la decisión definitiva. **Por ejemplo**, si dentro de una acción de amparo destinada a permitir la realización de un acto público en una fecha determinada, el Juez como medida previa, ordenase levantar los

¹⁷⁹ ESTUDIO DE BELAUNDE & MONROY ABOGADOS (1998). Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima - Perú. Pág. 547.

¹⁸⁰ RIVAS, Adolfo (2003). *La Jurisdicción Anticipatoria en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Lima - Perú. Pág. 321.

obstáculos puestos por la administración, al respecto, de modo que el acto puede llevarse a cabo en el día previsto o el caso en que preventivamente se ordenase la demolición de un bien por constituir un peligro que se derrumbe, a fin de eliminar el fundado riesgo que ello ocurra.

Para el profesor **Caballol Angelats** citado por **Juan Monroy Palacios**, en su obra *Bases de una Teoría Cautelar*, señala que la ejecución provisional no se fundamente en la existencia de un peligro en la demora, pues lo trascendente es vencer la duración del proceso y satisfacer las pretensiones del demandante en el menor tiempo posible.

En el contexto de la ejecución provisional se privilegia la “urgencia”, inclusive en aquellos casos en los cuales no se encuentre presente el peligro de que se frustre el efectivo reconocimiento de lo pretendido en la demanda.¹⁸¹

En este contexto nos encontramos frente al conflicto entre dos principios: el de la tutela jurisdiccional efectiva y el de seguridad jurídica. El fundamento de las medidas cautelares es el peligro que el transcurso del tiempo entre la iniciación del proceso y la decisión sobre el fondo del asunto controvertido, según se acredita por lo establecido en el Artículo 608° del Código Procesal Civil Peruano, en contraste con el Artículo 674° del acotado que señala que las medidas cautelares sobre el fondo consiste en la ejecución anticipada de lo que se va a decidir.

En consecuencia, las medidas anticipadas no están destinadas a asegurar la ejecución de la decisión final sino a ejecutar anticipadamente dicha decisión, es decir, consiste en concretar el objeto de la pretensión, en atender el petitorio de la demanda; implican colocar al pretendiente en una situación de poder con respecto a un bien jurídico; está destinada primariamente a la defensa de los

¹⁸¹ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 261.

derechos subjetivos; ya que hay cierta diferencia entre la satisfacción de la pretensión y la satisfacción oportuna de la pretensión.

En este orden de ideas, no podemos afirmar como señala **Carmen Julia Palmer Oliden**¹⁸² que la tutela cautelar es notoriamente distinta de la tutela anticipada. Desde nuestro punto de vista, pueden ser similares similares; es decir, que tienen características comunes. Ambas son **tutelas de urgencia** que requieren para acceder al pedido que acrediten la **verosimilitud del derecho**.

23. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

El Derecho es la ciencia del deber ser, de allí que el grado de cognición exigido no debe ser siempre el ser que es la res iudicata (certeza). Es necesaria la actuación, durante el proceso y a los fines de la urgencia atributiva, del juicio de probabilidad o verosimilitud.¹⁸³

La prudencia jurídica implica siempre un acto de ponderación y de análisis de consecuencias futuras del resultado de la función jurisdiccional o prognosis de efectos futuros en la realidad eventual de igual o similar contenido. He ahí el

¹⁸² PALMER OLIDEN, Carmen Julia (2001). *El Contexto de Justificación de las Medidas Temporales sobre el Fondo*. En Revista Jurídica del Perú N° 27. Volumen 51 - Octubre. Lima - Perú. Pág. 112.

¹⁸³ CALAMANDREI, Piero (1993). *Verita e Verosimiglienza nel Porcesso Civile*. En Revista de Dirirro Processual. Padova, Cedam, Volumen X. Parte I, 1995, pp.167-171; VIDE, Sergio Cotta. Variación in tema di Processo. En Riv. Internazionali di Filosofia del Diritto. Vol. IV SERIE LXX N° 93. Tomado del artículo de Tutelas Provisorias de derechos en el proceso civil de Álvaro J. D. PEREZ RAGONE, de la Revista IUS ET VERITAS N° 21. Página 115.

contenido político de lo jurisdiccional. La cognición en el proceso puede ser enfocada horizontal o verticalmente.¹⁸⁴

En el primer caso (horizontal) estamos en el ámbito de la amplitud, cognición total o parcial, según se traten todas las pretensiones o cuestiones que atañen a la litis o sólo algunas. En el segundo caso (vertical) estamos en el ámbito de la profundidad, según sea mayor o menor el grado de cognición necesario en relación con la certeza. Consecuentemente, o existe o no existe certeza; la segunda (existe) proponemos nominarla de apariencia de derecho o de verosimilitud **lato sensu**. De acuerdo al grado aproximativo de uno al otro tendremos:

23.1. COGNICIÓN SUPERFICIAL

Donde hay un simple juicio de verosimilitud strictu sensu (el caso del grado necesario para hacer lugar a la admisión de una demanda). En estos casos, el grado de cognición requerido para las medidas cautelares es “**superficial**” en el cual sólo se requiere un simple juicio de verosimilitud.

- a. **Cognición Sumaria:** donde hay un grado más profundo, cual es un juicio de verosimilitud posible (en la concesión de una cautelar). Inclusive en este estadio cognitivo puede exigirse mayor excepcionalidad de otorgamiento como mayor grado cognitivo, en tanto cognición sumaria profundizada, donde el grado es el de la verosimilitud (fuerte probabilidad, que en realidad se vincula con la excepcionalidad de la medida antes que con la profundidad; por ejemplo, el juicio valorativo de otorgamiento de una medida autosatisfactiva).
- b. **Cognición Exhaustiva:** donde el grado exigido es la certeza (la requerida en la sentencia final) Por regla el justiciable debe aguardar la

¹⁸⁴ WATANABE, Kazuo (1987). *Da Cognicao no Processo Civil*. En Rev. Dos Tribunais. Sao Pablo. Pág. 83-91, Tomado del artículo de Tutelas Provisorias de derechos en el proceso civil de Álvaro J. D. PEREZ RAGONE, de la Revista IUS ET VERITAS N° 21. Página 115.

cognición exhaustiva para tener una atribución patrimonial o extrapatrimonial, segura, normativa y jurídicamente; más sucede que, como venimos diciendo, durante el proceso puede verse el derecho instrumentado, amenazado a tal punto que de no tomarse recaudos a tiempo, la resolución favorable fundada en una cognición exhaustiva pueda ser ficticia e inútil en su momento.

En cambio, el exigido para una tutela anticipada, se realiza un cálculo de probabilidades es un grado de cognición “**sumaria**” en el que el Juzgador aprecia que probablemente accederá al pedido del actor en la pretensión de la demanda; no se requiere de certeza lo que definiría un grado de cognición “**exhaustiva**” que es el propio que se requiere para expedir una sentencia en un proceso judicial; y además se caracterizan porque ambas están fuera del ámbito de la cosa juzgada material, son **útiles en tanto la cosa juzgada no se concrete**.¹⁸⁵

En consecuencia, resultaría ilegal la concesión de una medida cautelar anticipada sobre el fondo sin la suficiente profundidad cognoscitiva, y ello más que por razones puramente semánticas, por una razón principista, pues si la medida temporal sobre el fondo implica una atribución de bienes jurídicos sin la existencia de una resolución con autoridad de cosa juzgada, sin duda la seguridad jurídica se ve afectada y la única forma - desde el punto de vista procesal - de prevenir que el desequilibrio producido por la urgente necesidad de tutela sea pernicioso, es que haya una alta probabilidad de que dicha concesión no implique una intromisión injustificada en la esfera jurídica del demandado.

23.2. LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD

El artículo 612° del Código Procesal Civil se refiere a la instrumentalidad inherente a toda medida cautelar, el mismo que alude a una relación entre dos

¹⁸⁵ PALMER OLIDEN, Carmen Julia (2001). *El Contexto de Justificación de las Medidas Temporales sobre el Fondo*. En Revista Jurídica del Perú N° 27. Volumen 51. Lima - Perú. Pág. 153.

entidades. En este sentido, la medida cautelar se relaciona sólo instrumentalmente con el proceso principal; en cambio la medida temporal sobre el fondo se relaciona instrumentalmente con el proceso principal y materialmente con el derecho invocado.

De modo más específico puede decirse que una de las diferencias entre las medidas cautelares y medidas temporales sobre el fondo es que mientras las primeras tienen una relación de instrumentalidad con la sentencia, las últimas tienen una relación con la situación jurídica material de las partes, pues acaban por regularla – aunque sea provisoriamente.

23.3. NATURALEZA DEL PELIGRO EN LA DEMORA

En la evaluación que precede a la concesión de una medida temporal sobre el fondo, juega un rol de fundamental importancia la evaluación del peligro en la demora, pues ésta involucra necesariamente el examen de si existe suficiente fundamento para poner en riesgo la seguridad jurídica; riesgo que debe asumirse sólo si se comprueba la necesidad impostergable del demandante; necesidad en torno a la cual debe haber cognición exhaustiva, es decir, que no haya duda sobre la realidad de ésta, conforme al mandato expreso establecido de manera general para las medidas temporales sobre el fondo, que no se aplica al caso que nos interesa que es la medida provisional de desalojo, en que se analizan otros criterios.

La seguridad jurídica es uno de los fines del derecho como también lo son la justicia y la paz social o bienestar. En este sentido, los términos de necesidad impostergable y firmeza de la prueba; hay quienes consideran que deben ser interpretados en conjunción. Sin embargo, una interpretación literal del **Artículo 674° del Código Procesal Civil**, no permite una interpretación válida en ese sentido sino en realidad como una disyunción.¹⁸⁶

¹⁸⁶ PALMER OLIDEN, Carmen Julia (2001). *El Contexto de Justificación de las Medidas Temporales sobre el Fondo*. En Revista Jurídica del Perú N° 27. Volumen 51. Lima - Perú. Pág. 155-156.

En consecuencia, será suficiente firmeza de las pruebas como el suficiente sustento de la medida temporal sobre el fondo, bastando por ende, un mero peligro de infructuosidad, es decir, la imposibilidad de ejecutar lo decidido, el retraso puede dar lugar a un daño irreparable generado por el estado de insatisfacción del derecho, lo cual gira en torno al requisito de peligro en la demora.

En cambio, el **Artículo 674°**, correspondiente a las mencionadas medidas temporales solamente pueden ser tomadas – se proclama que proceden excepcionalmente – en casos de: 1) necesidad impostergable del que se reclama, 2) firmeza de fundamento de la demanda. 3) importancia de la prueba aportaba. 4) presencia de ambos factores. De manera que, consiste en decretar la “ejecución anticipada de los que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

El **Decreto Legislativo N° 128**, establecía como Medida temporal sobre el Fondo a la pensión adelantada y provisional de alimentos, sus antecedentes legales eran las Leyes 20177 y 21773. En este orden de ideas, se establece que a solicitud de parte, el Juez dispondrá el pago de una asignación provisional mensual de alimentos, cuyo monto fijará prudencialmente y que el obligado abonará por mensualidades adelantadas hasta el señalamiento de la pensión definitiva. Por lo tanto, las sumas cobradas adelantadamente en caso sea desestimada la demanda serán devueltas en vía de ejecución de sentencia y previa liquidación. Sin embargo, el **Artículo 608°** del Código Procesal Civil Peruano identifica a las medidas cautelares como las que tienen como destino asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Como puede verse el objeto de las medidas referidas es distinto del que se asigna a las clásicas cautelares, incluso en materia de no innovar (**Art. 687°**) o innovativas (**Art.682°**) por lo que corresponde preguntarse si con ello, y pese a la ubicación que se les otorga, no se está reconociendo una particular, sui géneris naturaleza, que las hace in susceptibles de ser reducidas a la segunda,

y constituye el primer país de la América del Sur que **es el primero que las implementa positivamente y sienta las bases para identificarlas.**¹⁸⁷

Sobre el particular, es preciso señalar que la reforma procesal brasileña en 1994 ha alterado de manera radical la visión que sobre la eficacia del proceso han mantenido los procesalistas latinoamericanos hasta la fecha.

Por primera vez en Sudamérica, pese a cierta inercia mental y a nuestro innato temor al cambio, se ha logrado conjugar, en forma meritoria, doctrina y legislación. Ambas acostumbradas a marchar a velocidades distintas.

Por lo que, la **tutela anticipada**, regulada en el artículo **273° del Código Procesal Brasileño**, constituye un mecanismo a través del cual bajo determinados supuestos, es posible obtener un pronunciamiento judicial que ampare provisionalmente lo solicitado en la demanda – sólo en el plano material – sin perjuicio que a futuro se dicte la sentencia final que ponga fin a la relación procesal.

En principio, dicha anticipación al igual que lo que sucede con las medidas cautelares, sólo puede ser proveída a petición de parte, para lo cual se requiere se acredite el fundado temor de un daño irreparable o de difícil reparación, más conocido en la doctrina como de peligro en la demora o en el caso se que se produzca un abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado.

En este caso, estamos frente a una especie de sanción procesal, que busca una participación más activa del órgano jurisdiccional, en represión de las inconductas procesales, que en nuestro ordenamiento se caracterizan por tener un correlato económico.

¹⁸⁷ RIVAS, Adolfo. *La Jurisdicción Anticipatoria* en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Pág. 156-157.

Por ello, carece de carácter cautelar debido a que no se requiere para su configuración del peligro en la demora y, además porque no tiene finalidad aseguratoria sino estrictamente sancionadora, que se activa en una situación irregular en el desarrollo del proceso.¹⁸⁸

24. LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO EN LA LEGISLACION NACIONAL

Sobre el particular, es preciso mencionar que en los procesos de familia las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno. Para tal efecto, se verificará el pleno cumplimiento de los presupuestos que conllevan su procedencia, la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para concederlas de oficio o a pedido de parte, según sea el caso; la legitimación de las partes para solicitarlas, la disponibilidad inmediata de su objeto y, finalmente, su no sujeción normativa a términos de caducidad.¹⁸⁹ Así, tenemos:

- a. **En los Procesos sobre Prestación de Alimentos.-** Cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar (**Art. 675°**); quien la percibe asume la obligación de restituir lo recibido con sus accesorios, si la sentencia le es desfavorable (**Art.676°**). Esta correlación está indicando la permanencia de lo resuelto y la imposibilidad de modificarlo hasta el fallo final.

No hay una referencia a la contracautela y entendemos que no le resultan aplicables las disposiciones del **Artículo 613°**, pues éste se refiere a las medidas cautelares y - como principio general- no condice con las necesidades alimentarias el supeditarlas a la presencia de una garantía de cumplimiento, sin perjuicio de la obligación de devolver fijada por la propia ley.

¹⁸⁸ MONROY PALACIOS, Juan José (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Comunidad. Lima - Perú. Pág. 268-270.

¹⁸⁹ KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinza - Culzoni. Buenos Aires - Argentina. Pág. 67-68.

Al parecer, no se excluye la posibilidad de requerirse embargo, destinado a asegurar bienes y a obtener el pago inmediato de lo adeudado, como medida cautelar lograda in audita parte; sin embargo, creemos que la del **Artículo 675º** responde al principio de bilateralidad, de modo que sin perjuicio de las anteriores, **para decretarla será menester oír a la parte demandada.**

- b. En los Procesos de Familia e Interés de Menores.-** Se trata de los casos de separación o divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega del menor, tutela y curatela (**Art.677º**); aquí también hay una remisión al fallo definitivo que indica la virtud de vigencia de lo resuelto hasta dicho momento.

Sin perjuicio de la posibilidad de obtener medidas cautelares o de la correspondiente medida anticipada en los casos en caso que no admitan demora en absoluto, pensamos que debe jugar la bilateralidad, si bien ésta podría lograrse al hacerse saber la cautelar permitiéndose el debate en torno a la misma.

Asimismo, está previsto en el mismo artículo, la medida de cesación inmediata de actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución del cónyuge o hijos. Es difícil sin embargo, que en estos casos haya bilateralidad previa a resolverlas; en tal sentido hay una gran aproximación a las medidas cautelares.

- c. En los Procesos sobre Nombramiento y Remoción de Administradores de Bienes.-** Procede la ejecución anticipada de la futura decisión a los fines de evitar un perjuicio irreparable (**Artículo 678º**). Ésta no se refiere a la designación de administrador referida al embargo en forma de administración de bienes de un negocio sino al supuesto en que se solicita en un proceso autónomo la designación o relevamiento de un administrador, en el cual en el cuaderno cautelar se produzca un pedido de remoción que justifique previo oír a la contraria, una anticipación del resultado final. Se considera que la permanencia del nuevo administrador o

su designación por primera vez, alcanzará hasta el fallo definitivo, salvo la producción de nuevos hechos que justifique su reemplazo.

d. En los Procesos de Desalojo.- La entrega anticipada del objeto locado, cuando el demandado acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien. Al no estar prevista la restitución como medida cautelar, nos resulta claro que corresponderá decretarla con sustanciación previa; la magnitud del grado de verosimilitud de la muestra del derecho que acredita el actor según lo exige la ley, elimina por principio la posibilidad de una revisión en lo referente a las contracautelas (**Artículo 679º**).

e. En los Procesos de Separación y Divorcio.- A pedido de cualquiera de las partes, y en cualquier estado del proceso el juez puede autorizar la separación de domicilios así como la administración directa de los bienes que conforman la sociedad conyugal (**Artículo 680º**).

Sin perjuicio que puedan disponer las leyes de fondo, el **Artículo 629º** (medida cautelar genérica), no permitiría adoptar una audita parte las medidas referidas, sin escuchar a la otra parte. No parece necesario dar caución, en tanto la separación de domicilio no genera daños y perjuicios por sí misma, así como tampoco ocurre lo propio con la administración de bienes por parte de sus titulares. Igualmente la medida anticipatoria debe tener vigencia hasta el fallo definitivo.

f. En los Procesos de Interdicto de Recobrar.- Los interdictos son acciones extraordinarias de tramitación sumarísima en las que va a dilucidarse la posesión actual de un determinado bien; es decir versan sobre el hecho material de la posesión.

El interdicto de recobrar es aquel proceso sumarísimo cuya finalidad es la restitución parcial o total de un bien indebidamente despojado. Se busca reponer de inmediato en la posesión de una cosa a quien fuera privado de ella.

Esta clase de interdicto tiene como fundamento no solo el proteger el derecho a la posesión actual, sino también el impedir que un tercero despoje de un bien en forma violenta o subrepticia a quien goza del mencionado derecho real, en razón de que, aun cuando sea controvertida la posesión, únicamente la autoridad jurisdiccional podrá decidir el derecho y obrar en consecuencia.

Son efectos de la demanda de interdicto de recobrar declarada fundada en la sentencia definitiva los siguientes:

- ❖ El reponer al accionante en el derecho de posesión del que fuera excluido injustamente.
- ❖ El pago de los frutos dejados de percibir y de la indemnización respectiva por los daños y perjuicios sufridos.
- ❖ Es admisible la medida temporal sobre el fondo en los procesos de interdicto de recobrar, según se desprende del Art. 681 del Código Procesal Civil que en el interdicto procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente: **a.** El despojo, **b.** Su restitución.

g. En los Procesos de Expropiación.- La expropiación es aquella institución por la cual la Administración Pública obliga por razones de seguridad nacional o utilidad pública a un particular a cederle un bien de su propiedad a cambio del pago de una previa y justa indemnización. La expropiación es, pues, una causal de extinción de la propiedad. Así lo establece el **Art. 968º-inc. 3)** del Código Civil.

El **Art. 530º** del Código Procesal Civil, al autorizar el pedido cautelar de posesión provisoria en los procesos de expropiación, deja entrever la presencia de las medidas temporales sobre el fondo en dicha clase de proceso. Este numeral indica lo siguiente:

“La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el Art.24º ¹⁹⁰de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después de la Audiencia de Conciliación, y se tramita como medida cautelar”¹⁹¹

25. LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

25.1. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA

El Código Procesal Civil y Comercial de Argentina entró en vigencia el 18 de Agosto de 1981. No obstante a ello, se han dado diversas modificaciones al articulado de este Código, la última de ellas es la modificación que ha realizado la Ley N° 25.488 de fecha 24 de Octubre de 2001, promulgada el 19 de Noviembre del 2001 y publicada el 22 de noviembre del 2001.

El presente Código Procesal Civil y Comercial regula en el Libro I, Título IV, Capítulo III a las denominadas “Medidas Cautelares”, a través de VIII Secciones. De manera que, en su **Art. 195º** ¹⁹²establece lo siguiente: **“las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, salvo que la ley señale que la solicitud de determinada medida cautelar deba interponerse previamente”**.

Comparando nuestro ordenamiento procesal en el ámbito procesal civil, es pertinente hacer una similitud entre el **Art. 195º** del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina y el **Art. 608º** del Código Procesal Civil Peruano, el cual señala que: **“Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida**

¹⁹⁰ Ley General de Expropiaciones. Ley N° 27177. Publicación 15 de mayo de 1999. Diario el Peruano.

¹⁹¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2002). *El Embargo y otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Pág. 172-175.

¹⁹² Ley 25.488 publicada el 22 de noviembre del 2001. Del Código Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires Argentina.

cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”.

Como apreciamos en ambos casos son medidas preventivas de seguridad que se le concede a la parte que lo solicita para que con ella pueda hacer valer sus derechos, ya sea antes o después de iniciado el proceso con una finalidad de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Asimismo, en el **Art. 199°** del mencionado Código Procesal Civil y Comercial de Argentina se hace mención a la **Contracautela** que deberá ofrecer la parte interesada al momento de solicitar la medida cautelar; es decir que ésta tendrá que dar una **Caución** (denominación adoptada por el Código Procesal Civil Peruano) que cubra todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar la ejecución de la medida cautelar solicitada.

La doctrina al igual que el Código Procesal Civil Peruano en su **Art. 613°**, dispone que: **“la Contracautela tiene por objeto asegurar la afectación con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”**. Sobre este punto, es preciso destacar que Contracautela no se presta a los resultados del proceso sino a los de la medida cautelar, por lo que debe limitarse a garantizar el pago de los gastos judiciales que con motivo de ella deba afrontar la parte afectada y a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ésta pudiera emerger.

Asimismo, la cuantía de la Contracautela debe ser fijada en atención al importe de los posibles perjuicios que pueda ocasionar la medida cautelar, en caso que haya sido solicitada sin derecho o fundamento jurídico suficiente.

En este orden de ideas , es el órgano jurisdiccional quien evalúa todas las circunstancias que se presentan para disponer la Contracautela que mejor se ajuste a lo solicitado por el actor.

Por lo tanto, el Juez puede exigir la caución que estime pertinente, la misma que puede consistir en el depósito de títulos o valores, embargo de bienes,

constitución de prenda o hipoteca, otorgamiento de fianza, por ejemplo; todo ello de acuerdo a los requerimientos que realice el Juez (**Art. 198º**).¹⁹³

Continuando, son características de las medidas cautelares, según la legislación argentina, las siguientes:

- a. **Provisoriedad o Interinidad.**- Porque están supeditadas al transcurso del tiempo que transcurre desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.
- b. **Mutabilidad o Variabilidad.**- En el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen.

Así también, los presupuestos para que sean viables las medidas cautelares solicitadas, son que el derecho sea verosímil y que exista un peligro real en la demora.

Por otra parte, el **Art. 207º** del Código Procesal Civil y Comercial Argentino bajo comentario hace referencia a la institución de la **Caducidad** de las medidas cautelares, estableciendo que: “**Se producirá la caducidad de pleno derecho cuando tratándose de alguna obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba, aun cuando la otra parte hubiese deducido el recurso...**”. ++⁹⁹

El **Art. 207º** en su segundo párrafo establece que: “**Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los 05 años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso**”.

¹⁹³ MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). Citado por la Academia de la Magistratura en el material de lectura para cursos a distancia sobre el tema: *Presupuestos para la Adopción de la Providencia Cautelar*. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina. Pág. 18-19.

El Código Procesal Civil Peruano ha previsto en su Art. 625° que: **“Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con ésta...”**, asimismo ha señalado en su 2do. Párrafo que: **“... toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el Juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registral”**.

En ese sentido, observamos una clara diferencia, dado que el Código Procesal Civil de Argentina ha establecido un plazo de caducidad para determinadas medidas cautelares **“inhibiciones y embargos”**, a diferencia de nuestro Código Procesal Civil que ha determinado un plazo de caducidad para cualquier clase de medida cautelar, siendo más genérico en ese aspecto.

El Código Procesal Civil y Comercial Argentino hace referencia a los tipos de Medidas Cautelares que pueden ser concedidas por el Juez, entre estas tenemos a las siguientes: **Embargo Preventivo, Secuestro, Intervención Judicial, Inhibición General de Bienes y Anotación de Litis, Prohibición de Innovar, Prohibición de Contratar, Medidas Cautelares Genéricas, las cuales se encuentran previstas en los Artículos 209°-233° del precitado Código Procesal Civil y Comercial Argentino**. Para mayor ilustración, es pertinente brindar algunos alcances sobre las medidas cautelares que resultan más relevantes para la legislación argentina, entre estas tenemos:

- a. **El Embargo Preventivo (Art. 209°-220°).**- El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan o inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o en un proceso de ejecución a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten.

El embargo preventivo se puede tomar sobre cosas o bienes individualizados o sobre universalidad de cosas. Sin embargo, este tipo de

medidas no implican que los bienes embargados queden fuera del comercio sino que los colocan en la situación de poder ser enajenados con autorización del juez que decretó la medida.

- b. Inhibición General de Bienes (Art. 228º-229º).**- Es una medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en Registros Públicos y por tanto, a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos.

No es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes, en el sentido de que no puede constituir ningún escribano actos de disposición sobre ellos, sin orden judicial de levantamiento total o parcial.

En realidad, es una medida de garantía que funciona en resguardo de un mismo interés, cual es el de asegurar al acreedor la efectividad de su crédito. El embargo procede sobre los bienes inscritos en los Registros Públicos que el acreedor conoce y la inhibición extiende la medida cautelar a los bienes inscritos que el acreedor desconoce.

Para que proceda la inhibición bastará la manifestación del acreedor de que no conoce bienes de propiedad del deudor para denunciarlos a embargo, sin que corresponda justificación de su acierto. La inhibición general de bienes es una medida destinada a impedir que el deudor disminuya su patrimonio, y no a que lo aumente con nuevas adquisiciones.

En atención a los daños que puede acarrear la inhibición general al limitar la disposición de bienes, el deudor está habilitado para pedir su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución suficiente. Por lo tanto, los bienes ofrecidos deben ser suficientes en relación al crédito que se reclama y las costas del juicio.

- c. **Prohibición de Innovar (Art. 230º).**- Viene a ser una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible.

Por consiguiente, la prohibición de innovar constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornando la posible y futura sentencia en ilusoria, a fin de evitar perjuicios irreparables. Por último, cabe mencionar que la prohibición de innovar es una consecuencia de la litispendencia, pues para que proceda es indispensable que exista una causa pendiente.

- d. **Prohibición de Contratar (Art. 231º).**- El Art. 231º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que "cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante." Es decir que procede cuando la prohibición de contratar surge de la ley, cuando ha sido estipulada en un contrato y cuando se proponga asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio.

Ejemplo de prohibición contractual son el mutuo hipotecario, la prohibición de locar, en la locación; la prohibición de ceder o sublocar, en la compraventa de negocios, la prohibición de ejercer la misma actividad que se realizaba en el fondo de comercio enajenado.

Por otra parte, cabe mencionar que este Código Procesal Civil y Comercial en su Libro IV, Título VII regula al igual que el Código Procesal Civil peruano (Art.

585°-586°) a la institución jurídica del “**Desalojo**”, estableciendo para ello en su Art. 679°: “**La acción de desalojo de inmuebles se tramitará en un juicio sumario**”, señalando asimismo, que “**la acción de desalojo procederá contra los locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible (Art. 680°)**”.

Al respecto, el Art. 680° del Código Procesal Civil y Comercial ha previsto lo siguiente: “**...el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar**”.

Se ha podido observar que entre las causales que ha regulado este Código, tenemos a la causal de falta de pago y vencimiento de contrato, causales que dan inicio a la demanda de desalojo, con la finalidad de obtener la desocupación inmediata del inmueble, según lo establecido en el Art. 684° del C.P.C.C de Argentina.

En el Art. 687° hace referencia respecto al alcance de la sentencia, señalando que “**la sentencia se hará efectiva contra todos los que ocupen el inmueble, aunque no hayan sido mencionados en la diligencia de notificación o no se hubiesen presentado en el juicio**”. Por su parte, el **Código Procesal Civil peruano en su Art. 593° ha denominado “Lanzamiento”** a lo previsto en el Art. 687° del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina.¹⁹⁴

Se ha estimado pertinente señalar que el Derecho Argentino no contiene disposiciones orgánicas y/o unificadas metodológicamente referidas a la anticipación. Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales han aplicado con relativa frecuencia la posibilidad creada por el Artículo 231° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de medidas cautelares

¹⁹⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. Libro I. Título IV. Capítulo III sobre las denominadas “Medidas Cautelares”. Artículos 155-237.

genéricas. De manera que, es pertinente hacer mención a lo previsto en las principales normas que engloban toda la legislación Argentina en materia procesal.

<> En el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina.- Se ha dispuesto en el Artículo 680°, según la Ley 24454 que la **entrega del inmueble al accionante**, se efectuará bajo los siguientes términos:

“En los casos que la acción de desalojo se dirija contra el intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se pueda irrogar.”

En este caso, no existe previsión legal para que a posteriori se revierta la entrega producida antes de la sentencia, toda vez, que el dispositivo está previsto para hacer perdurar la restitución del bien hasta el momento de la sentencia definitiva.

Asimismo, el Artículo 423° del Código Procesal Civil de la Provincia de Tucumán – Argentina ha establecido lo siguiente:

“Cuando la acción de desalojo se dirija contra el tenedor precario o intruso o se fundare en causales de vencimiento del plazo locativo o de falta de pago, a pedido del actor, y en cualquier estado del proceso y después de trabada la litis, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble, si el derecho invocado fuere verosímil y previa caución real por los daños y perjuicios que se pudieren irrogar. El trámite no suspende el curso del proceso. La resolución que se dicte será apelable. Si se hiciere lugar a la entrega del

inmueble, el recurso se concederá con efecto suspensivo.”

Así, tenemos otro caso que es el de las tercerías de dominio, en las que el tercerista puede obtener el levantamiento del embargo, previa caución (Artículo 99°); en el cual el tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad.

Si bien se produce la liberación del bien y con ello su libre disponibilidad, la caución viene a sustituir a la medida cautelar y constituye a la vez una cautela sobre la que se volverá a juzgar, de manera indirecta, en el momento de la sentencia. Por otra parte, el tercerista debe acreditar la verosimilitud de su derecho a la luz de la substanciación previa.

Algo similar ocurre en las tercerías de mejor derecho (Artículo 100°); el acreedor puede cobrar sobre el producto de los bienes embargados si da fianza que, naturalmente, requerirá de sustanciación previa; también de manera indirecta se volverá a juzgar sobre la fianza en la sentencia definitiva.

<> En las Leyes de Fondo.- Se puede observar que en materia de seguros se presentan varios casos como los señalados en los siguientes artículos:

❖ Artículo 51° de la Ley N° 17418.

❖ Artículo 583° y 584° de la Ley 20094 de navegación, dispositivos previstos para obtener satisfacción parcial anticipada, que podrá ser dispuesta judicialmente y sin perjuicio de la prosecución del juicio ordinario. No está contemplada la posibilidad de restituir lo percibido antes de la expedición de la sentencia, por el hecho que se concede la medida basado en la alta verosimilitud del derecho.

- ❖ Artículo 231° de la Ley 23515 (modificatoria del Código Civil) permite la fijación de alimentos provisorios, tenencia de los hijos y exclusión del hogar, sin perjuicio de la ulterior sentencia que fije el régimen definitivo.
- ❖ El artículo 68° de la Ley de Transito autoriza al damnificado o a sus deudos por un accidente de ese origen, a obtener judicialmente del asegurador del causante del siniestro, previa sustanciación, el pago inmediato de los gastos de sanatorio o velatorio, sin perjuicio de los daños y perjuicios que luego podrán ser indemnizados.

En este sentido, el artículo 81° del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina ha establecido el otorgamiento inmediato de una medida cautelar temporal sobre el fondo, sin requerir para ello la sustanciación de la tramitación del incidente, obviamente que esto se realizará sin perjuicio de lo que luego se resuelva en éste.

De esta manera, tenemos que en materia de **Juicios de Declaración de Incapacidad**, el **artículo 629°** del citado Código permite al Juez adoptar medidas que satisfacen la pretensión respectiva (medidas para asegurar la indisponibilidad de bienes, inhibición general, internación provisional) cuando la demencia apareciese dudosa e indudable, con lo que no queda espacio, por lo menos en principio, para que la situación pueda revertirse antes de la sentencia.

El artículo **4° de la Ley 24417 de Prevención contra la Violencia Familiar** que puedan decretarse in audita parte (exclusión del autor en el hogar conyugal; idem con restitución de la persona que hubiese tenido que autoexcluirse por los hechos de violencia; prohibición de acceso al domicilio del damnificado o a sus lugares de trabajo o estudio; decretar alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos, todo con carácter provisional; por naturaleza tales medidas importan satisfacción anticipada de la pretensión de protección que únicamente podrán revertirse al culminar el procedimiento previsto en la propia ley o, la acción de divorcio o pérdida de la patria potestad correspondiente.

En el **Interdicto de Recobrar la Posesión** (Art.616°) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se puede disponer ante la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, la restitución inmediata del bien, el artículo señala lo siguiente:

“Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudiera derivar perjuicios si no se decretare la restitución inmediata del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida”.

En la Jurisprudencia argentina se encuentran numerosos casos de medidas anticipatorias bajo el rubro de cautelares; así la orden de mantener o restituir a su trabajo al dependiente suspendido; a su profesión al que fuera inhabilitado extrajudicialmente; a su carácter de socio o al ejercicio de sus derechos como tales, a los que fueran expulsados o suspendidos por la institución respectiva. Así, tenemos al artículo 623° bis del Código Procesal Civil y Comercial en el caso del Interdicto de Daño Temido.

Podemos igualmente mencionar otros casos como son el **del Levantamiento de una Prohibición o La Restricción para realizar un Espectáculo Cultural (Teatral o Deportivo)**, dispuesto como medida cautelar dentro de la ley de propiedad intelectual (Ley 11723), si **la concesión del acto se lleva en tiempo tal que deja sin objeto la pretensión desarrollada.**

25.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA

Este Código fue promulgado el 20 de julio de 1990 y entró en vigencia el 02 de agosto de 1990. Dedicó el Libro III a la regulación “Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias”, a través de tres títulos.

Sobre el particular, es pertinente hacer referencia al **poder cautelar**, dado que en la legislación venezolana se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio, medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva y en consecuencia, es de esta manera que se logra obtener una definición de medidas cautelares, que no son mas que los medios de que dispone quien se afirma titular de un derecho, para asegurar su ejercicio, cuando carece de un título ejecutivo que le permita adelantar la ejecución de ese derecho. Es importante señalar que una vez agotado el contradictorio, no hay posibilidad de solicitar o decretar por el juez medidas preventivas, sino procedimientos ejecutivos.

Continuando, en el Título I del Código de Procedimiento Civil bajo comentario, se hace referencia a las **Medidas Preventivas** (medidas cautelares para nuestra legislación), estableciéndose en el Art. 585° del precitado Código, que cualquier medida preventiva prevista en ese Título será decretada por el Juez, sólo cuando se cumpla con los siguientes requisitos: **Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de la circunstancia descrita en el punto anterior y que se pruebe fehacientemente el derecho que se reclama.**

Por su parte, la doctrina venezolana ha conceptualizado a las medidas preventivas como aquellas disposiciones de precaución que son adoptadas por el juez, a instancia de parte, a fin de asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado o demandado antes de la sentencia. Como sabemos, la aspiración de las partes en un proceso determinado consiste en la realización material del Derecho, sobre todo cuando se busca una sentencia de condena.

Asimismo, se han establecido determinadas características que deben tener las medidas preventivas a dictarse, tales como:

- a. **Jurisdiccionalidad.-** En este caso, solo tiene competencia para acordar la adopción de medidas preventivas, el mismo órgano ordinario a quien le corresponde el conocimiento del proceso principal, del cual es conexo.
- b. **Periculum in Mora.-** Esto significa que debe alegarse el temor de un daño jurídico posible, inmediato o inminente, o evitar notorios perjuicios que un demandado de mala fe puede causar, con consecuencias directas en el proceso principal. Este riesgo denominado en la doctrina como "Periculum in mora" queda plasmado en la frase: "cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo".
- c. **Provisoriedad.-** Es decir, que la medida solo puede durar mientras subsista el peligro y se pone en resguardo del riesgo invocado y que se trata de impedir. De aquí, se entiende que deberá alzarse la medida decretada, en cualquier estado del juicio, si el demandado prestare caución o garantía suficiente. Esta característica la encontramos plasmada en el **Art. 612º del Código Procesal Civil Peruano**.
- d. **Sumariedad.-** Se refiere a que la prueba que debe presentarse para tal efecto, no debe ser precisamente plena, pues basta un examen superficial de los presupuestos procesales dentro de su índole general de urgencia, sin prejuzgar en lo absoluto sobre el fondo del proceso principal.
- e. **Instrumentalidad.-** Significa que la adopción de una medida preventiva se encuentra subordinada al proceso principal.
- f. **Variabilidad.-** Las medidas cautelares no son inmutables, no producen cosa juzgada, ni formal, ni material, y por tanto pueden ser modificadas o suspendidas cuando cambian las condiciones que le dieron origen.

- g. Las medidas preventivas se tramitan y deciden en cuaderno separado.¹⁹⁵

Del mismo modo, es preciso hacer referencia a la tramitación autónoma de las medidas preventivas, pues el Artículo 604° del presente Código ha dispuesto que: **“Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se le agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado”**.

De esta manera, encontramos como equivalente del Art. 604° del Código de Procedimiento Civil de Venezuela al Art. 635° del Código Procesal Civil Peruano, dado que la Autonomía, constituye una característica relevante del Proceso Cautelar.

Respecto a los requisitos previstos en el Art. 585° del Código de Procedimiento Civil Venezolano, es preciso señalar que en el precitado artículo se ha establecido la **judicialidad** de las medidas preventivas o cautelares, en virtud del cual solo el juez puede acordar tal medida, dado que estas medidas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales. Entonces, para que procedan las medidas preventivas es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- a. Que exista un juicio pendiente. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en su fallo del 13/12/1979.
- b. Que exista la presunción grave del derecho que se reclama o el *fomus boni iuris*.
- c. Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o el *fomus periculum in mora*.
- d. Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

¹⁹⁵ CALVO BACA, Emilio (2004). *Código de Procedimiento Civil Venezolano: Concordado y Comentado*. Editorial Ediciones Libra. Caracas - Venezuela. Pág. 234-248.

En el supuesto de que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita ofrecer cauciones, afianzar o garantizar los resultados del proceso, las medidas preventivas o cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige. Sin embargo, todo esto puede prescindir cuando hay caución. Ahora bien, la posibilidad de obtener medidas cautelares sin necesidad de acreditar los requisitos antes mencionados, se denomina Decreto de Medidas Cautelares con caución o garantía.

Es importante hacer mención de que solo las medidas de embargo de bienes muebles y la prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles pueden obtenerse mediante caución o garantía, es decir que la medida de secuestro no es factible de obtener mediante caución o garantía, puesto que esta medida recae sobre la cosa misma objeto del litigio, y además, una suma de dinero no puede satisfacer la pretensión de las partes.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil de Venezuela en su Art. 588°, presenta la siguiente clasificación de las **Medidas Preventivas**, las cuales **pueden ser dictadas por el Tribunal en cualquier estado y grado de la causa**: El Embargo de Bienes Muebles, el Secuestro de Bienes determinados, la Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles y, la Medidas Preventivas Innominadas.

No obstante a ello, se puede apreciar que no se ha establecido una clara diferenciación entre las clases de embargo, pero indirectamente se alude al embargo en forma de depósito y en forma de retención.

Las medidas cautelares enunciadas en el punto anterior pertenecen al grupo de **Medidas Cautelares para Futura Ejecución Forzada** descritas de igual manera en los **Artículos 642°: Embargo y 643°: Secuestro del Código Procesal Civil Peruano**.

En ese sentido, es conveniente proporcionar algunos alcances que nos brinda la doctrina sobre estas clases de medidas preventivas y de esa manera, obtener una mejor ilustración al respecto.

1. **EL EMBARGO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.-** Sobre el embargo, es preciso mencionar que dicha medida preventiva o cautelar consiste en la retención o aprehensión de los bienes del deudor, dispuesta por el juez, sustrayéndole de la libre disposición de su propietario para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y los resultados generales del juicio. Para tal efecto, el juez competente para decretar tal medida, es aquel del lugar donde estén los bienes que hayan de ser embargados.

El embargo preventivo por su propia naturaleza es temporal, decretándose con fines únicamente precautelativos, a fin de asegurar el resultado en juicio de la condena del deudor, y solamente puede recaer sobre bienes muebles.

Finalmente, es relevante señalar que en su Art. 881° hace mención a los Procedimientos Breves que tienen por objeto la “**desocupación del inmueble**”, estableciendo para tal efecto, la ejecución de la sentencia final mediante la Medida Preventiva de Embargo, de acuerdo a lo previsto en el Art. 892° del Código de Procedimiento Civil de Venezuela.¹⁹⁶

2. **LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y GRAVAR EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.** Esta clase de medida preventiva solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia del embargo preventivo que solo puede recaer sobre bienes muebles.

¹⁹⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA. Libro III: Del Procedimiento Cautelar y otras incidencias.

Asimismo, implica o involucra una privación al propietario del "ius utendi", es decir, del derecho de disponer, lo cual se traduce en la imposibilidad de vender, hipotecar ese bien inmueble, realizar todos los actos relacionados con lo anterior, entre otras. Sin embargo, cabe destacar que el uso y disfrute del propietario permanece intocable. Esta medida es una restricción que por convenio o institución unilateral impide la transmisión, a título gratuito u oneroso, del bien a que se refiera.

Muchos autores consideran que el impedimento del ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al propietario, no implica ningún tipo de incapacidad de la persona para disponer sus bienes; precisamente la tiene, pero temporalmente se encuentra privado del "ius disponendi", vale decir que existe un veto al natural desenvolvimiento de aquellas facultades del dominio normal.

3. **EL SECUESTRO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.-** Son medidas preventivas que consisten en el embargo o confiscación de bienes muebles o inmuebles para satisfacer obligaciones en litigio.

Además, viene a ser el depósito que se hace de la cosa en litigio, en la persona de un tercero mientras se decide a quien pertenece la cosa. Puede ser convencional, legal y judicial. En el primer caso, se hace por voluntad de los interesados, en el segundo por mandato legal, y el tercero por orden del juez.

Tanto en la ley como en la práctica se emplea la palabra secuestro como sinónimo de embargo, pero con más propiedad el secuestro implica siempre en la existencia de un depósito, cosa que no sucede siempre en el embargo.

La legislación venezolana ha regulado entre una de sus clases de Medidas Preventivas, al Secuestro (Art. 599°), estableciendo en su numeral 7), que se decretará el **Secuestro de la Cosa Arrendada**

“cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el contrato”.

Sobre este aspecto, se debe tener en cuenta que el Art. 679° del Código Procesal Civil Peruano referido a las Medidas Temporales sobre el Fondo para el caso del Proceso de Desalojo ha previsto que: **“En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien”.**

En este sentido, cabe señalar que en el Art. 599° de este Código de Procedimiento Civil se ha regulado de alguna manera a las llamadas Medidas Temporales Sobre el Fondo (denominación que utiliza la legislación peruana) en los Procesos de Desalojo, dado que se ha previsto todo lo concerniente al Secuestro de la Cosa Arrendada.

- 4. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS INNOMINADAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.-** Cuando hablamos de medidas nominadas, hablamos de embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados, las cuales se encuentran tipificadas en el Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Sin embargo, cuando hablamos de medidas innominadas estamos hablando de otras providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar; por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

Por otra parte, en el mismo Art. 588° del indicado Código de Procedimiento Civil, se ha establecido que el Tribunal dictará **“Además de las Medidas**

Preventivas mencionadas, otras providencias cautelares que considere adecuadas, siempre que se hayan cumplido con los requisitos señalados para su concesión y sobre todo cuando haya el temor fundado que la contraparte cause lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra". Lo mencionado, lo encontramos en el Art. 618° de nuestro Código Procesal Civil, bajo la denominación de **Medida Anticipada**.

De manera que, como se mencionó en párrafos anteriores, el artículo 588° del Código de Procedimiento Civil ha regulado a las medidas nominadas y, del mismo modo, a las innominadas, estas últimas en el único aparte del artículo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Consecuentemente, debemos entender por medidas cautelares innominadas a aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso.¹⁹⁷

25.2.1. DIFERENCIAS ENTRE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA

Para tal efecto, ha sido necesario realizar un análisis exhaustivo del artículo 588° y ss. del Código de Procedimiento Civil Venezolano, obteniendo de tal razonamiento analítico las siguientes diferencias:

- En las medidas cautelares nominadas se piden medidas complementarias a fin de asegurar la eficacia de la medida cautelar. En cambio, en las medidas cautelares innominadas no admiten esa medida

¹⁹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE VENEZUELA. Libro III: Del Procedimiento Cautelar y otras incidencias.

complementaria, pero si nuevas medidas, en caso de que las decretadas resulten insuficientes.

- Las medidas nominadas, con excepción del secuestro, pueden ser decretadas con fianza o garantía suficiente, así lo establece el artículo 590º del Código de Procedimiento Civil a diferencia de las medidas innominadas que no pueden decretarse con fianza.
- Las medidas nominadas con excepción del secuestro, no deben decretarse o suspenderse si la parte contra quien obran constituye caución o garantía suficiente, según el Art. 589º CPC de Venezuela. En cambio, las providencias innominadas pueden seguir la circunstancia que aprecie el juez, mediante la constitución de garantía o caución suficiente, porque son medidas destinadas a evitar que sigan lesionando.
- Las medidas nominadas inciden directamente sobre el patrimonio del ejecutado, las innominadas consisten en prohibiciones o autorizaciones que no afectan directamente el patrimonio.
- Las medidas nominadas aseguran la eficacia del proceso, es decir, que no se haga ilusoria la ejecución del fallo mientras que las providencias cautelares innominadas persiguen evitar daños mayores, que estos no se continúen provocando.
- Las medidas nominadas requieren para su procedencia el "fumus bonis iure" y el "periculum in mora", pero las providencias innominadas requieren además, el peligro de que se siga lesionando el derecho de quien lo solicita.

25.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA

El Código de Procedimiento Civil de Colombia fue expedido por los Decretos Nro. 1400 y 2019, de fechas 06 de Agosto y 26 de Octubre de 1970, el cual regula a las Medidas Cautelares en dos Títulos del Libro IV.

Es así que en su **Título XXXIV** presenta las clases, cuantía y oportunidad para constituir las **Cauciones**, precisando que éstas pueden ser prestadas en dinero, pueden ser de carácter real, bancario u otorgado por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones.

Por su parte el Código Procesal Civil Peruano hace referencia a la llamada Caución, utilizando para ello el nomen iuris de Contracautela. De igual manera, en su Art. 613° señala que la Contracautela tiene por objeto “**asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución**”.

En el segundo párrafo del citado artículo, se han previsto sólo dos clases de contracautela a diferencia del Código de Procedimiento Civil Colombiano: las de naturaleza **real o personal** (este tipo de contracautela no supone en realidad ninguna garantía para el afectado con la medida al momento de ser resarcido). Asimismo, establece que la providencia que ordene prestar la caución, deberá indicar la cuantía y el plazo en la que debe constituirse, siempre que en la ley no las señale (Art. 678°).

Respecto a la **Calificación y Cancelación de la Caución**, se ha previsto en el Art. 679° del Código colombiano bajo comentario, que prestada la caución, el Juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará, a efectos de conceder la medida cautelar solicitada por el accionante. En ese sentido, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. La caución hipotecaria se otorgará a favor del respectivo juzgado o tribunal, para lo cual se deberá presentar un certificado del notario sobre la fecha de la escritura pública de hipoteca, copia de la minuta de ésta,

el título de propiedad del inmueble, certificado de su tradición y el certificado de avalúo catastral.

- b. Con la caución prendaria se deberá acompañar el certificado de la cotización de los bienes en la última operación que sobre ellos haya habido en una bolsa de valores que funcione legalmente.

Si la caución no cumple con los requisitos señalados en los puntos anteriores, el Juez negará su aprobación y se tendrá por no constituida, y si se trata de hipoteca, el Juez procederá con la cancelación de la misma.

En este orden de ideas, podemos mencionar que el Art. 620° del Código Procesal Civil Peruano señala que la contracautela será cancelada de pleno derecho por el Juez, sólo cuando: **“Se haya resuelto la pretensión principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho”**.

A diferencia de la cancelación de caución que ha previsto el Código Procesal Civil de Colombia, al señalar que sólo se cancelará una caución cuando no se cumplan con los requisitos enunciados en el Art. 679°, numeral a) y b), según la legislación colombiana.

Por su parte, el **Título XXXV** desarrolla las clases de Medidas Cautelares que pueden ser concedidas por el Juez, siempre que se cumplan con los presupuestos o requisitos previstos en el Art. 679° del Código de Procedimiento Civil de Colombia. Así, tenemos las siguientes Medidas Cautelares:

1. EL EMBARGO Y EL SECUESTRO.- En su Art. 681° establece que el Embargo procederá de la siguiente manera:

- a. Tratándose de bienes sujetos a registro, se deberá comunicar al respectivo registrador; si tales bienes pertenecen al ejecutado, el registrador inscribirá el embargo y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre esa situación jurídica. De lo contrario, si algún bien no

pertenece al ejecutado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y se lo comunicará al Juez.

- b. Si se tratase de derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra, el embargo se perfeccionará previniendo a aquélla y al obligado del respectivo pago.
- c. Cuando se trate de derecho o de créditos que la persona contra quien se decreta el embargo persiga o tenga en otro proceso, se comunicará al Juez que conozca de él para los fines consiguientes, el cual se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio en el respectivo despacho judicial.
- d. Para el caso de acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito y títulos valores, entre otros; se deberá comunicar de la medida al gerente, administrador, liquidador o representante de la sociedad o entidad pública, a efectos de su toma de conocimiento y por ende, deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres días siguientes de haber sido notificado sobre la medida cautelar de embargo.
- e. Si se trata del interés de un socio en sociedad colectiva de responsabilidad limitada u otra de personas, se comunicará a la autoridad encargada de la matrícula y registro de sociedades, la cual no podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés, ni reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique la exclusión del mencionado socio o la disminución de su derechos en ella.
- f. Tratándose de salarios devengados o por devengar, se comunicará al pagador o empleador de los mismos para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y haga oportunamente las consignaciones a órdenes del juzgado.

2. EL SECUESTRO.- En su Art. 682° establece que para el Secuestro se deberán cumplir con las siguientes reglas:

- a. El auto que decreta esta medida deberá contener la fecha y la hora para la diligencia, la cual se realizará aun cuando no esté presente el “**secuestre**” (“**depositario**” para el Código Procesal Civil Peruano), caso en el cual el Juez lo reemplazará en el acto.
- b. La entrega de bienes al secuestre se hará previa relación de ellos en el acta con indicación del estado en el que se encuentran.
- c. Tratándose de vehículos, máquinas, muebles, enseres, mercancías serán depositados en una bodega o, de ser el caso, serán guardados en un almacén general de depósito u otro que ofrezca seguridad para su conservación y mantenimiento. El secuestre deberá informar de ello al Juez.
- d. Los almacenes o establecimientos similares se entregarán al secuestre, quien continuará administrando los bienes sujetos a la medida cautelar de secuestro.
- e. El juez se abstendrá de secuestrar los bienes muebles inembargables, y si se trata de inmuebles levantará el embargo.
- f. Cuando no se puede practicar inmediatamente un secuestro o deba suspenderse, el Juez o el comisionado podrá asegurar con cerraduras los almacenes, habitaciones u otros locales donde se encuentren los bienes o documentos, colocar sellos que garanticen su conservación, y solicitar vigilancia policial de los mismos.

Por su parte, el Art. 685° del Título XXXV del indicado Código de Procedimiento Civil, ha previsto un plazo para que el Juez resuelva conceder la solicitud de una determinada medida cautelar, el cual a la letra señala que: “**El Juez resolverá las solicitudes de medidas cautelares, a más tardar al día siguiente del reparto o de la presentación de ellas**”.

Como vemos, este dispositivo legal pone de manifiesto la rapidez y eficacia con la que el Juez debe dictar una medida cautelar a favor de quien la solicita, en virtud de la urgencia que amerita proteger la pretensión.

3. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ORDINARIOS.- Su Art. 690° ha señalado que para ejecutar estas medidas se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El auto admisorio de la demanda que verse sobre el dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles y a petición del demandante, el Juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: La inscripción de la demanda (Anotación de la demanda para el Código Procesal Civil peruano) ¹⁹⁸ y el secuestro.
- b. El auto admisorio de la demanda que verse sobre indemnización de perjuicios causados en cosas muebles o inmuebles por accidentes de tránsito, si el demandante presta caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida puedan causarse, el Juez dispondrá el embargo y el secuestro de vehículo con el cual se causó el daño.
- c. En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de daños y perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada, aquél podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado.

4. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE NULIDAD Y DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL, DE SEPARACIÓN DE BIENES Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES CONYUGALES.- En su Art. 691° se ha previsto que en este tipo de proceso se aplicarán las siguientes pautas:

¹⁹⁸ GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2000). *Tesis de Cautela y Contracautela en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág.133-136.

- a. En este tipo de procesos, cualquiera de las partes podrá solicitar la medida cautelar de embargo o secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieren en posesión de la otra; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y acreditado el certificado de propiedad, que comprenda veinte años, si fuere posible.
- b. Asimismo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar también que se levanten las medidas que afecten sus bienes propios, y para tal efecto, se deberá tramitar un incidente.

5. INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA EN OTROS PROCESOS.- Este tipo de medida cautelar se encuentra plasmada en el Art. 692° del este Código Procesal Civil, estableciendo que en el **“auto admisorio se ordenará de oficio la inscripción de la demanda en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes. Una vez inscrita, el oficio se remitirá por el registrador al Juez, junto con un certificado sobre la situación jurídica del bien”**.¹⁹⁹

25.4. NUEVA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA

España es un país que ha reformado su ordenamiento procesal civil, sobre todo en lo relativo al proceso civil español, dado que se ha derogado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, promulgándose la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 07 de enero del año 2000.

Lo más resaltante de esta evolución jurídica de carácter procesal se presenta principalmente en materia cautelar y en virtud de ello, también han surgido innumerables críticas sobre **“la ubicación de la institución jurídica de las Medidas Cautelares, toda vez que el legislador ha retrocedido al pasado**

¹⁹⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA. Libro I: De las Medidas Cautelares, Título XXXIV y Título XXXV.

en materia cautelar, ya que está regulando el tema como un apéndice de los Procesos de Condena,”.²⁰⁰

En ese sentido, resulta imposible explicar las razones por las cuales el legislador español no ha acogido la “**Autonomía de la Teoría Cautelar**”, respecto a su regulación, y más bien ha preferido colocarla como un colofón de las “**ejecuciones forzosas**”, sobre todo porque en la actualidad se admite sin ningún reparo que la actuación cautelar se solicite con la presentación de la demanda en conjunto o, también en determinadas ocasiones de manera previa y excepcionalmente luego de iniciado el proceso; **pero nunca cuando el litigio ha concluido**, momento en el cual precisamente la medida cautelar deja de tener utilidad en tanto la incertidumbre es reemplazada por la certeza.

Esta nueva ley se ha dividido en dos partes: **Norma Básica y Norma Complementaria**. La primera es intrínsecamente la Nueva Ley y la otra contiene las disposiciones de la anterior ley derogada. La Norma Básica, a su vez, se divide en cuatro Libros: Libro I: De las Disposiciones Relativas a los Juicios Civiles, Libro II: De los Procesos Declarativos, Libro III: De la Ejecución Forzosa y de las **Medidas Cautelares**, Libro IV: De los Procesos Especiales.²⁰¹

Es así que se va a desarrollar todo lo concerniente a las Medidas Cautelares, las cuales se encuentran reguladas como se ha podido observar en el Libro III, Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, mediante cinco Capítulos; estableciéndose en el Art. 721 que cualquiera de las partes en el proceso está facultado para solicitar cualquier medida cautelar que tienda a “**asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare en el proceso principal**”.

²⁰⁰ MONROY PALACIOS. Juan José. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 79-81.

²⁰¹ LEY 1/200 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Libro III, Título VI: “De las Medidas Cautelares”.

La precitada Ley nos brinda alcances acerca de las características de las medidas cautelares, sin las cuales el Tribunal español no podrá otorgar una determinada medida cautelar que recaiga sobre los bienes y derechos del demandado.

Por otro lado, se hace referencia a la gama de **medidas cautelares específicas** en el Art. 727°, las mismas que pueden ser concedidas por el Tribunal español siempre que se incumplan con los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento; éstas en su mayoría se asemejan a las medidas cautelares previstas en nuestro Código Procesal Civil vigente bajo la denominación de medidas cautelares típicas. Así, tenemos que la Ley de Enjuiciamiento de España describe a las siguientes medidas cautelares en su Art. 727°:

- ❖ **El Embargo Preventivo de Bienes.-** Esta medida está dirigida a asegurar la ejecución de sentencias que condenan a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles.

Fuera de los casos anteriores, también será procedente si resultare ser una medida idónea y no susceptible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

En síntesis, esta medida consiste en embargar bienes al igual que se hace para ejecutar la sentencia con la diferencia de que, en este caso, es provisional. De manera que, si cuando se dicte sentencia no se nos da la razón, se levantará el embargo y el demandado recuperará sus bienes, si se nos da la razón, esperaremos a ver si el demandado cumple con pagar su obligación.

- ❖ **La Intervención o la Administración Judicial de Bienes Productivos.-** Esta medida tiene por objeto condenar a entregar bienes productivos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que tenga legítimo interés en mantener o mejorar la productividad.

Es decir que esta medida será concedida cuando el objeto de un juicio recaiga sobre bienes productivos que, como su nombre indica, tienen un valor que se encuentra precisamente en su productividad. De tal modo que, aunque no se haga desaparecer el bien y se usa mal mientras dura el juicio y disminuye su productividad, el bien pierde valor y, por tanto, la sentencia pierde su efectividad.

Por ejemplo, imaginemos que una persona demanda a otra reclamando la posesión de una mina y mientras dura el juicio, el demandado la sobreexplota. En este caso, acabado el juicio y cuando el tribunal otorga la posesión al demandante, éste tendrá una mina sin valor alguno.

Por consiguiente, para evitar esto se puede solicitar esta medida cautelar que consiste en que el juez nombre a una persona para que “administre” el bien, a efectos de que conserve su productividad hasta el final del juicio.

- ❖ **El Depósito de Cosa Mueble.-** Es aquella medida que va dirigida a condenar al demandado a entregar la cosa mueble que se encuentra bajo su posesión.

Esto significa que, el demandado tiene en su poder un bien mueble cuya entrega es lo que se demanda. Mientras el tribunal no se pronuncie, el demandado seguirá teniéndola en su poder, y siendo ello así, puede hacerla desaparecer o deteriorarla.

Para evitar esto, se puede solicitar el depósito del bien que consiste en nombrar a una persona (depositario) que adquiere la obligación de conservar el bien a disposición de juzgado hasta que se dicte sentencia.

- ❖ **La Formación de Inventarios de Bienes.-** A diferencia de los otros casos, la L.E.C no establece sobre cuando corresponde utilizar esta medida. Ahora bien, podemos decir que en ocasiones se utiliza para que quede constancia, por ejemplo, de los bienes que deja una persona en

una vivienda para que de esa manera quede claro que, aunque no se los lleve en ese momento, son de su propiedad.

- ❖ **La Anotación Preventiva de Demanda.**- Esta medida está referida a los bienes o derechos susceptibles de inscripción en los Registros Públicos. Para entender esta medida cautelar, hay que tener en cuenta que los Registros Públicos (Registro de la propiedad) sirven para dar publicidad de un hecho y, en caso de duda, se tenga por cierto lo que consta en el Registro.

Un caso (entre otros) en el que se utiliza esta medida, es cuando se demanda la propiedad de un bien inmueble. La función del Registro de la Propiedad es que cualquier persona pueda saber quien es el verdadero propietario de una finca y si tiene algún gravamen (embargos, etc.). Imaginemos que una persona compra una vivienda a quien no es propietario, entonces aunque hayamos pagado el precio de compra la perderíamos.

Ahora bien, existe lo que se llama el tercero de buena fe que supone que si una persona adquiere un bien de buena fe, es decir, pensando que a quien se lo compra es el propietario, siempre que no haya podido enterarse de otra manera, no se le podrá quitar el bien.

Al existir un Registro de la Propiedad, quien compra a la persona que aparece en el Registro de la Propiedad como propietario es adquirente de buena fe. ¿Qué puede ocurrir en un proceso donde se reclame la propiedad de un bien inmueble?. En dicho caso, al haber un juicio pendiente, el demandado vende el bien inmueble y, como en ese momento el demandado figura como propietario en el Registro, el que adquiere lo hace de buena fe y aunque ganemos el juicio, no podremos recuperar el inmueble.

Finalmente, para evitar esto, se puede solicitar que se anote preventivamente en el Registro que hay una demanda interpuesta para

que, si se intenta vender a alguien el inmueble, esta persona al acudir al Registro sepa que no es seguro que el que figura como propietario lo sea, rompiéndose de este modo la buena fe y si aun así compra, perderá el inmueble si el juez da la razón al demandante. Por supuesto que si el comprador no acudió al registro a comprobar si la persona que le vende es o no propietario, no se verá protegido por la buena fe.

- ❖ **Otras Anotaciones Registrales.-** Es aquella que se otorga cuando la publicidad registral resulte útil para el buen fin de la ejecución.
- ❖ **La Orden Judicial de Cesar Provisionalmente en una Actividad.-** Tiene por objeto ordenar al demandado a abstenerse temporalmente de realizar una conducta o actividad.
- ❖ **La Intervención y Depósito de Ingresos Obtenidos Mediante una Actividad Ilícita.-** Esta medida será concedida siempre que sea propuesta así en la demanda.
- ❖ **El Depósito Temporal de Ejemplares de Obras u Objetos.-** Esta medida cautelar procederá siempre y cuando las obras u objetos se reputen producidos con infracción a las normas concernientes a la propiedad intelectual e industrial.
- ❖ **La Suspensión de Acuerdos Sociales Impugnados.-** Se presenta cuando el demandante represente al menos el 1% ó el 5% del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial (bolsa).
- ❖ Otras medidas que para la protección de derechos estén previstas en leyes especiales o que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial.

No obstante de lo descrito en los puntos anteriores, respecto a la enumeración de las diversas medidas cautelares específicas (Art. 727° LEC), la Nueva Ley de Enjuiciamiento ha regulado otras medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el Tribunal Español, de acuerdo a las circunstancias que se presenten en el proceso. Estas Medidas Cautelares están inmersas dentro del Libro IV: De los Procesos Especiales, Título I: De los Procesos sobre Capacidad, Filiación, Matrimonio y Menores.

Como se mencionó, también se pueden adoptar medidas cautelares en los llamados Procesos Especiales; medidas que para la legislación peruana se encuentran bajo la denominación de “Medidas Temporales sobre el Fondo” (Art. 674° al 687° del Código Procesal Civil Peruano). Así, tenemos los siguientes procesos especiales en los que se pueden adoptar las medidas cautelares que se estimen necesarias:

- a. **En los Procesos sobre la Capacidad de las Personas.-** De acuerdo a lo previsto en el Art. 762° de la LEC, el Tribunal competente que tenga conocimiento de la posible existencia de la incapacidad de una persona, está facultado para adoptar de oficio, las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. De igual manera, el Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal la inmediata adopción de las medidas en este tipo de procesos. Como se ha podido apreciar, las medidas pueden ser adoptadas de oficio por el Tribunal o por el Ministerio Público. Sin embargo, en el Art. 762°, segundo párrafo del numeral 2) se ha establecido que las mismas medidas también pueden ser solicitadas a instancia de parte y en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.
- b. **En los Procesos sobre Filiación, Paternidad y Maternidad.-** En estos procesos, se ha establecido que mientras dure el procedimiento por el que se impugna la filiación, el Tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. Asimismo, se ha regulado que reclamada judicialmente la filiación, el Tribunal está facultado para solicitar alimentos

provisionales al demandado en beneficio del menor y, en su caso, adoptar las medidas de protección necesarias. En este sentido, la Nueva Ley de Enjuiciamiento ha señalado que cuando concurren las razones de urgencia, se podrán adoptar las medidas sin más trámite, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia. En estos procesos, no se requiere que el accionante otorgue caución al solicitar la concesión de una medida cautelar, de conformidad con lo previsto en el Art. 768º de la LEC.

- c. **En los Procesos Matrimoniales y de Menores.-** Según lo previsto en el Art. 771º de la LEC, el Tribunal puede adoptar medidas provisionales previas a la demanda que versen sobre la nulidad, separación o divorcio. Asimismo, se podrán adoptar medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Finalmente, el Tribunal Español está facultado para adoptar medidas definitivas en los procesos antes señalados.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española ha establecido en su Art. 730º que, **se podrán solicitar medidas cautelares junto con la demanda principal o de lo contrario, antes de la demanda, siempre que quien las solicita alegue y acredite las razones de urgencia o necesidad.**²⁰²

Otro aspecto que resulta de gran trascendencia, versa precisamente en establecer como regla **“la concesión de audiencia al demandado antes de la obtención y ejecución de la medida cautelar” (ART. 733º de la citada Ley).**

Sin embargo, en las Disposiciones Generales-Parte XVIII se ha previsto que **“en casos debidamente justificados, las medidas cautelares pueden adoptarse sin oír al sujeto pasivo de la medida que se pretende”.**

²⁰² LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Título VI: “De las Medidas Cautelares”. Art. 721 y 733.

En este caso, es preciso rescatar una marcada diferencia con lo previsto en el Art. 637° del Código Procesal Civil peruano, el cual ha establecido que **“La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido...”**, lo cual en doctrina se ha considerado como una característica esencial de las Medidas Cautelares, bajo el nomen iuris de **inaudita pars**; es decir sin oír a la otra parte.

Adicionalmente a la novedad en la regulación, se ha estimado pertinente hacer alusión a los Artículos. 733° y 734° de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que han previsto como regla general que, **“el Tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado”**. Asimismo, se ha establecido que **“se le concederá al demandado 05 días para que se apersone a la Audiencia que se llevará a cabo conjuntamente con las partes del proceso”**.

Por consiguiente, se debe considerar para tal efecto, la finalidad primordial que persigue toda medida cautelar, la cual es **“asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”**, ello lo encontramos previsto tanto en la doctrina como en el Art. 608° del Código Procesal Civil Peruano²⁰³ y Art. 721° de la Novísima Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil de España que señala: **“Se adoptarán todas las medidas que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”**.²⁰⁴

En ese sentido, resulta imposible concebir un procedimiento cautelar en donde se establezcan plazos de actuación absolutamente contrarios a la urgencia en la ejecución de la medida, elemento esencial de la actividad cautelar.

²⁰³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ. Art. 608 y 637.

²⁰⁴ LEY 1/200 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA. Título VI: “De las Medidas Cautelares”. Art. 721, 733 y 734.

25.5. CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DE BRASIL

El Código de Proceso Civil de Brasil, promulgado el 11 de enero de 1973 desarrolla el instituto del Proceso Cautelar y Medidas Cautelares de modo exclusivo, en el Libro III, cuyo Título único lleva la denominación “De las Medidas Cautelares” y el Capítulo I norma todo lo relacionado con las Disposiciones Generales.

En cambio, el Capítulo II desarrolla el tema de las medidas cautelares específicas entre las que incluye el arresto, secuestro, caución, búsqueda, aprehensión, la exhibición de producción anticipada de prueba, además de incluir a las medidas provisionales.

Debemos rescatar que este Código ha regulado al embargo dentro del Libro III dedicado al Proceso de Ejecución, estableciendo sus correspondientes especies: Embargo para ejecución fundada en sentencia, embargo para ejecución fundada en título extrajudicial, embargo para remate y adjudicación y embargo para ejecución por carta.²⁰⁵

Otro aspecto de mayor trascendencia, que se ha normado en este Código, está referido a la llamada “**Anticipación de Tutela**”, considerando a esta nueva figura jurídica de forma particular y excepcional de adelantamiento de lo solicitado por el actor, caracterizada precisamente por no tener naturaleza cautelar, pues su contenido está relacionado con la pretensión principal y además porque requiere de determinados requisitos, sin embargo, igual viene a ser una expresión de tutela de urgencia.

Sobre el particular, no debe olvidarse que toda medida cautelar es **contingente**; es decir, que si el proceso concluye de manera desfavorable al peticionante de la medida cautelar, ésta lo que produce es un perjuicio a quien la soportó y, por su lado, quien la obtuvo debe retornar la situación jurídica al

²⁰⁵ GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2000). *Tesis de Cautela y Contracautela en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág.133-136.

estado anterior a la ejecución de la medida e inclusive reparar los daños que su pedido produjo, si fuera el caso.

Por otra parte, la relación que pudiera existir entre los efectos de una medida cautelar coincidente y la sentencia del proceso principal no es eminentemente de carácter jurídico, pues lo que hace la medida cautelar coincidente es establecer una coincidencia práctica **entre lo que se ejecuta y los efectos de lo solicitado.**

Consecuentemente, es preciso establecer que nuestro Código Procesal Civil tiene regulada a la medida cautelar coincidente, pero bajo la denominación de **“Medida Temporal sobre el Fondo”**, en otras palabras se concede a las partes y al juez la posibilidad de garantizar la efectividad del proceso, a uno solicitando y al otro concediendo, respectivamente; a través de la tutela cautelar en su forma coincidente.²⁰⁶

Finalizando, es preciso mencionar que en la República Federativa del Brasil, las discusiones en torno a la función de tutela cautelar y la tutela anticipatoria revivieron con la Ley número 8952, del 13 de diciembre de 1994, que reformó íntegramente el Artículo 273° del Código Procesal Civil del Brasil, la cual admite como presupuestos para su aplicación el **recelo de daño irreparable o de difícil reparación o el abuso del derecho a la defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado**, actuando como requisito negativo **el peligro de la irreversibilidad de la ejecución anticipada**, es decir que el estado de satisfacción del derecho invocado por el demandante no puede ser revertido en caso que la demanda sea declarada infundada.

Resulta interesante mencionar que en el caso del Código Procesal del Brasil, la tutela anticipatoria está regulada entre los procesos de conocimiento, lo que

²⁰⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 83-86.

desde luego evidencia la distinta percepción de la tutela anticipatoria en dicho ordenamiento jurídico con respecto al nuestro.

La Ley brasileña regula la tutela anticipada de modo muy parecido a las medidas cautelares, ya que impone contracautela, asimismo la doctrina admite se apliquen de oficio en ciertos casos, especialmente en materia de derechos de familia, y sin que el texto legal impida que frente a un daño irreparable, la medida se conceda aún cuando ello torne en irreparable la decisión anticipatoria.²⁰⁷

Por ejemplo el caso de un paciente que se niega a que se le ampute una pierna, y judicialmente se autoriza la operación, asimismo, se admite en casos en que no es viable dilación alguna por el daño temido, que se tratan sin la intervención de la otra parte - in audita parte -; de lo contrario sólo puede resolverse después de la contestación de la demanda. Así lo indica el texto legal que manda apreciar el valor de la defensa.

En el sistema procesal brasileño la regla en la acción cautelar es su otorgamiento luego de escuchar al requerido. Todo ello deviene de confundir lo procedimental accidental con lo procedimental esencial.²⁰⁸

En lo referente a la exigencia de contracautela, se la relaciona señalando como principio su incompatibilidad con las decisiones anticipatorias, ya que no pueden equipararse a las cautelares; solamente podrían prosperar cuando se trate de la entrega de determinados bienes (como podría ser en los procesos cautelares anticipados de desalojo).

²⁰⁷ PEYRANO, Jorge W. *La Tutela de Urgencia en General y la Tutela Anticipatoria en Particular*. Editorial Astra. Buenos Aires - Argentina. Pág. 163-788.

²⁰⁸ PÉREZ RAGONE, Álvaro J.D. *Tutelas Provisorias de Derechos en el Proceso Civil*. En Revista IUS ET VERITAS 21. Página 130.

25.6. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE

El Código de Procedimiento de Chile, aprobado el 01 de marzo de 1903 mediante Ley N° 1.552, ha previsto en el Libro Segundo, Título V, Artículos 290° al 302° todo lo concerniente a las **Medidas Precautorias**.

Sobre el particular, cabe señalar que para la legislación chilena, las denominadas medidas precautorias comprenden una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en ése o en otro proceso.

De manera que, las medidas precautorias encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal.²⁰⁹

Asimismo, es preciso resaltar los requisitos previstos en el Art. 279° para la solicitud de las medidas precautorias, medidas cautelares para el Código Procesal Civil peruano, son 2: **a) Que se determine el monto de los bienes sobre los que deben recaer las medidas precautorias, b) Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.**

El Código en referencia ha establecido en su Art. 290° que: **“Para asegurar el resultado de la acción, el demandante puede en cualquier estado del juicio, aún cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más o más medidas precautorias”**. Se puede observar que el citado Artículo guarda estrecha relación con lo establecido en el Artículo 608° del Código Procesal

²⁰⁹ MARÍN GONZÁLES, Juan Carlos (2004). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile. Pág. 94-99.

Civil Peruano, respecto a la finalidad que persigue una determinada medida cautelar o medida precautoria, según la legislación peruana.

La clasificación de las Medidas Cautelares que presenta el ordenamiento jurídico de Chile, es la siguiente:

1. **El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda.-** Esta medida será concedida cuando haya motivo para temer que una cosa mueble se pierda o se deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicho bien, la tenga en su poder.
2. **El nombramiento de uno o más interventores.-** Se podrá nombrar a un interventor en los siguientes casos: Cuando se reclame una herencia ocupada por otro, cuando el comunero o socio demanda la cosa común o cuando determinada persona pide las cuentas de la administración de aquéllos, cuando haya justo motivo para temer que se destruya o deteriore la cosa sobre la cual versa el juicio, o cuando los derechos del demandante puedan quedar burlados.
3. **La retención de bienes determinados.-** Esta retención podrá efectuarse cuando los bienes materia del juicio, se encuentren en poder del mismo demandante, demandado o de un tercero y también procederá respecto de determinados bienes que se encuentren en poder del demandado cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar los bienes sujetos retención.
4. **La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.-** Esta medida podrá decretarse sobre los bienes materia del juicio y, también respecto de otros bienes que estén en poder del demandado, siempre que sus Facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.

Por último, el Código de Procedimiento Civil de Chile en su Artículo 301° ha establecido que: “Las medidas precautorias descritas en los párrafos anteriores **son esencialmente provisionales**. Consecuentemente, las medidas precautorias deberán cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o cuando se otorguen cauciones suficientes”.²¹⁰

25.7. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY

El Código General del Proceso de Uruguay fue aprobado el 18 de octubre de 1988 mediante Ley N° 15.982 por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. El precitado Código General del Proceso entró en vigencia a partir del 20 de noviembre de 1989. No obstante a ello, se han dado diversas modificaciones a su articulado mediante numerosas Leyes.

De modo tal que, las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Título II, Libro II, a través de siete artículos. Así tenemos al Artículo 311°, el cual hace referencia al Principio de Universalidad de Aplicación de las Medidas Cautelares, cuya expresión práctica es la posibilidad de solicitar medidas cautelares para procesos contenciosos o voluntarios (procesos no contenciosos para la legislación peruana).

Por otra parte, el mencionado artículo señala que las medidas cautelares se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

²¹⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE. Libro Segundo, Título V, Art. 290-302: Medidas Precautorias.

Se ha previsto también que las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

Por su parte, el Art. 312° ha previsto los requisitos que debe cumplir el peticionante para que el Tribunal proceda a conceder determinada medida cautelar, siendo estos los siguientes: **Que la petición resulte indispensable para la protección de un derecho, que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. No obstante a ello, la existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.**

Así también, entre los requisitos para conceder una medida cautelar se incluye a **la contracautela**, además de la determinación precisa de la medida y su fundamentación fáctica, de acuerdo a lo previsto en el Art. 314° del Código General del Proceso de Uruguay.

Según lo señalado en su Art. 315°, **la medida cautelar se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte**, vale decir “inaudita pars” (así lo ha previsto el Código Procesal Civil Peruano).

Este Código General del Proceso clasifica a las medidas cautelares en **medidas específicas, medidas provisionales y anticipadas**. Entre las específicas se incluye la prohibición de innovar, anotación preventiva de la demanda, embargos, secuestros o cualquier otra medida que resulte idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar.

El Tribunal podrá adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

De esa manera, podrá disponerse como medida provisional o anticipada el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, aquellos que se

encontraren sometidos a cualquier medida cautelar cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de parecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor, según lo previsto en el Art. 317° del mencionado Código General del Proceso. En síntesis, se puede señalar que las Medidas Provisionales están destinadas a evitar que se cause un daño grave a la parte, o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

En nuestra legislación (Código Procesal Civil), conocemos a este tipo de medidas como Medidas Temporales sobre el Fondo, como podemos ver la fuente normativa en este caso es el Código bajo comentario.²¹¹

25.8. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY

El Código Procesal Civil de Paraguay fue aprobado por el Poder Legislativo mediante Ley Nro. 1.337 de fecha 08 de setiembre de 1998 y entró en vigencia el 04 de noviembre de 1998.

Ha regulado en su Libro V los Juicios y Procedimientos Especiales, por lo que en el Título VII ubicamos al Proceso de Desalojo, el cual procederá contra el locatario, sublocatario o cualquier ocupante precario que deberá restituir el inmueble o parte de él si fuere exigible, de conformidad con su Art. 621.

Si la demanda se fundare en las causales de falta de pago de dos o más mensualidades o, en el vencimiento del plazo convenido, no se admitirá más prueba que la confesión de parte, el recibo de pago de los alquileres, o el documento que justifique el no vencimiento del plazo (Art. 625).

En caso de los contratos de locación de plazo vencido, rescisión de contrato por falta de pago de alquiler o si se trata de un ocupante precario, obligado a

²¹¹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY. Libro II, Título II: Medidas Cautelares. Art.311.

restituir, se decretará el “lanzamiento”, pudiendo el Juez para tal efecto, acordar un plazo que no podrá exceder de diez días (Art. 628).

El desalojo se hará efectivo contra cualquier ocupante posterior a la iniciación del juicio, si el actor al promoverlo hubiere pedido: Que el predio objeto del juicio se inscriba como litigioso o, que el Juez o secretario comisionado para tal efecto, practique el reconocimiento del predio, dejando constancia de sus ocupantes (Art. 632).

La demanda de desalojo podrá interponerse antes del vencimiento del plazo convenido para la restitución del bien, en cuyo caso la sentencia que ordena la desocupación deberá cumplirse una vez vencido aquel (Art. 634: Condena de Futuro).²¹²

En su Título XIV, encontramos específicamente a las Medidas Cautelares, cuyo tratamiento jurídico es similar a lo previsto en el Código Procesal Civil Peruano. Así también, en el Capítulo I se encuentran previstas las Disposiciones Generales, las cuales han establecido en el Art. 681 que **“Las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que la ley resultare que ésta deba entablarse previamente”**, podemos citar como equivalente de este dispositivo al Art.608 del Código Procesal Civil del Perú.

Asimismo, en el Art. 692 del C.P.C de Paraguay se hace referencia a la facultad que tiene el Juez para dictar una medida cautelar, estableciendo que: **“El Juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia y naturaleza del derecho que se intentare proteger”**, en ese mismo tenor el Art. 611 del C.P.C peruano ha previsto lo que debe contener la decisión cautelar.

²¹² CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY. Libro V: De los Juicios y Procedimientos Especiales. Título VII: El Proceso de Desalojo.

Respecto a los presupuestos jurídicos que debe cumplir el solicitante para la concesión de una medida cautelar, se encuentran los siguientes: Acreditar la verosimilitud del derecho que se invoca, acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso y otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, así lo prescribe el Art. 693 del Código bajo comentario.

En ese orden de ideas, se puede señalar que la clase y monto de la caución como condición para decretar la medida precautoria, será graduada prudentemente por el Juez o Tribunal, según sea el caso. Para ello, deberá tener en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias que puedan presentarse, así lo prescribe el Art. 704° del Código Procesal Civil de Paraguay referente a la Contracautela.

El Capítulo II del Título XIV ha previsto la gama de Medidas cautelares que pueden ser dictadas por el Juez, siempre que se cumplan con los presupuestos jurídicos mencionados en el párrafo anterior. Así, tenemos las siguientes:

- a. **Embargo Preventivo.-** Es aquella medida cautelar que va a proceder cuando el acreedor de una deuda en dinero o especie, se halle en las siguientes condiciones: Que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, que al existir un contrato de por medio, se pruebe además el cumplimiento del contrato por parte del actor, que la deuda esté justificada por medio de libros de comercio llevado por el mismo actor. Así también, el juez paraguayo podrá conceder la medida cautelar del embargo: Al coheredero, condómino o socio sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, respectivamente; al propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento; a las personas a quien la ley le reconoce privilegios sobre ciertos bienes mueble o inmuebles; a la persona que demande acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación del mismo,

respecto de la cosa demandada y mientras dure el juicio; al adquirente que demande el cumplimiento de un contrato de compraventa.

- b. Inhibición General de Enajenar y Gravar Bienes.-** Este tipo de medida va a proceder, siempre que habiendo lugar para el embargo, éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse los bienes que posee el deudor, o cuando éstos no cubren el importe del crédito reclamado. Esta medida una vez concedida deberá ser inscrita en el registro respectivo, dado que sólo surtirá efectos desde la fecha de su anotación.
- c. El Secuestro.-** Procederá cuando se trate de bienes muebles o semovientes objeto del juicio y siempre que sea necesario proveer su guarda o conservación, a efectos de asegurar el resultado de la sentencia definitiva. Asimismo, procederá cuando el embargo no asegure por sí sólo el derecho invocado por el solicitante.
- d. La Anotación de la Litis.-** Teniendo también como nomen iuris “Anotación de la demanda” en el Código Procesal Civil peruano (Art.673). Para el Código Procesal Civil de Paraguay, ésta medida procederá cuando se promueva una demanda sobre el dominio de los bienes registrables o sobre la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, siempre que el derecho invocado fuere verosímil y la sentencia haya de ser opuesta a terceros. Una vez anotada la litis, la sentencia en el proceso respectivo surtirá efectos contra terceros, si el bien hubiese sido gravado o enajenado, sin que aquellos puedan ampararse en la presunción de la buena fe.
- e. La Prohibición de Innovar y Contratar.-** Respecto a la primera medida cautelar, ésta será concedida en toda clase de juicios como: Separación de cuerpos por mutuo consentimiento, Desalojo, alimentos, entre otros. Para que proceda esta medida cautelar, es necesario que exista el peligro de que altere la situación de hecho o de derecho y que ello pueda influir en la sentencia o convertir el cumplimiento de la misma en ineficaz o imposible o, cuando la cautela no pudiera obtenerse por medio

de otra medida precautoria. La medida de prohibición de contratar puede solicitarse sobre determinados bienes cuando ella fuera procedente por virtud de la ley o de un contrato, o necesaria para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio. En este caso, el juez individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo, cuando se trate de bienes registrales, que se inscriba la medida en los registros correspondientes.

- f. **La Intervención y Administración Judicial.-** La medida cautelar de Intervención será concedida a pedido de parte, siempre que no haya otra medida suficiente para asegurar los derechos que se intenta garantizar o la que se hubiere decretado fuese insuficiente. La intervención puede efectuarse en un establecimiento comercial, en una explotación industrial o en un capital en giro. En cambio, la Administración Judicial sólo podrá decretarse a solicitud de un socio, condómino o comunero y siempre que concurren los siguientes requisitos: Que se inicie la acción de remoción del administrador y que haya peligro en la demora.²¹³

25.9. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE ITALIA

El primer Código del Proceso Civil de Italia data del año 1865, el cual fue inspirado en una ideología individualista que regulaba sus instituciones jurídicas sobre un procedimiento escrito. El Proceso Civil en esos tiempos era extremadamente largo, complejo, costoso y completamente inadecuado para las necesidades reales de la justicia.

En 1918 se constituyó una comisión integrada por un grupo de procesalistas, presidido por el gran profesor Giuseppe Chiovenda, en el que se estableció un programa de reforma global del Proceso Civil Italiano vigente en esa época.

²¹³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY. Libro V: De los Juicios y Procedimientos Especiales. Título XIV: Las Medidas Cautelares.

En esos meses de trabajo, la Comisión elaboró un Proyecto de Reforma en el ámbito jurídico-procesal italiano producto de las investigaciones efectuadas en la doctrina del siglo XIX. En particular, sobre la base principal de la oralidad en los procedimientos, asimismo tuvieron como fuente de trabajo a la obra y pensamientos de Franz Klein y al Código del Proceso Civil Austriaco de 1898.²¹⁴

Este Proyecto de Reforma fue publicado en 1919 como una enmienda a los problemas que afligían a la ciencia procesal, dado que se había mejorado la regulación anterior en cuanto al procedimiento, a la duración y sobre todo al costo extremadamente gigantesco que irrogaban los distintos procesos de naturaleza civil.

Por ello, en este Proyecto de Reforma se estableció un proceso más rápido, más simple y menos costoso, de manera que esto significó una reforma verdaderamente radical y global en la legislación italiana de ese entonces. Este Proyecto de Reforma del Proceso Civil Italiano contenía postulados cuyo único objetivo era alcanzar la efectividad de la tutela jurisdiccional.²¹⁵

Específicamente, el Proyecto de Reforma estuvo compuesto de 204 artículos y limitado a la reforma del Proceso de Conocimiento. De tal manera que, en el año de 1922 se constituyó una nueva comisión de estudios para la preparación del llamado **Codice di Procedura Civile**, cuya fuente fue el Proyecto elaborado por Giuseppe Chiovenda. Es así que en 1923, el parlamento italiano discute la posibilidad de delegar determinadas facultades legislativas al gobierno italiano, con la finalidad de reformar dos códigos, entre estos el del Proceso Civil.

Asimismo, cabe señalar que Ludovico Mortara presidente de la Subcomisión del Senado, intervino en los debates sobre la reforma, publicando un Proyecto

²¹⁴ VITTORIO DENTI (1982). *Un Progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Mulino. Pág. 127.

²¹⁵ MICHELE TARUFFO (1980). *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Mulino. Pág. 194.

del Código Procesal Civil de Italia, acompañando para ello, una notable y muy preparada introducción.

La reforma propuesta por Mortara constituyó una verdadera antítesis de los puntos más fundamentales del Proyecto de Reforma realizado por Giuseppe Chiovenda. De esta manera y con un pensamiento completamente opuesto, Ludovico Mortara postula una reorganización y unificación de las leyes procesales en un único texto, la cual versaba en torno a la legislación procesal de 1865.²¹⁶

Por otra parte, Michele Taruffo, profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Università di Pavia, Italia, explica que los juicios, la excesiva acumulación de demandas, los magistrados que solo se encargan de la expedición de sentencias en serie sin realizar un estudio profundo y analítico de los casos concretos, son algunos ejemplos de los problemas que perturbaban al ordenamiento procesal de la época. En tal sentido, existía la necesidad imperativa de solucionar la crisis por la que estaba atravesando el sistema judicial italiano.

Se trató de resolver estos problemas de justicia colocando a los Tribunales en condiciones de trabajo adecuadas, disminuyendo de alguna manera la carga procesal que tenían, instaurando para ello nuevos Tribunales encargados de los diversos asuntos judiciales. Asimismo, se optó por una doctrina que postulaba una nueva fase del Proceso Civil más ágil, más simple y menos costoso.

Entre 1923 y 1924 la comisión comienza a reunirse periódicamente, siempre presidida por Mortara y contando con la Escuela Chiovendiana, la misma que se encontraba representada por Calamandrei. Pese a la gran participación de los integrantes de esa Comisión no se llega a ningún acuerdo en cuanto a la elaboración del tan esperado Código Procesal Civil Italiano.

²¹⁶ Mortara, Ludovico. Commentario del Codice edelle leggi di procedura civile. Trad. Francesco Vallardi. 1923. Pág. 453. Milano-Italia.

No obstante a ello, **Carnelutti** fue el único que logró superar las diversas incertidumbres que se presentaron en la realización de los trabajos que efectuaba la Comisión, motivo por el cual decidió elaborar personalmente el nuevo Proyecto para la elaboración del Código Procesal Civil Italiano.

Es por ello que el Proyecto elaborado por **Carnelutti** fue denominado **Código Personale**, en el cual expresó conceptos como: jurisdicción, competencia en los conflictos de intereses y fundamentalmente dio a conocer el verdadero significado de ley, dedicando para ello los **artículos 86º al 103º**.

Es así que los Proyectos elaborados por **Chiovenda, Mortara y Carnelutti** se mantuvieron presentes, motivo por el cual seguían superando los Proyectos realizados por el Parlamento Italiano, aproximadamente durante 10 años.

Años después y mediante el arduo trabajo de la Comisión se obtuvo la redacción final del Proyecto del Código Procesal Civil Italiano, el cual fue promulgado a través de un Decreto Real de fecha 28 de octubre de 1940, estableciéndose que entraría en vigor el 21 de abril de 1942. Este Código Procesal Civil Italiano estuvo dividido en cuatro Libros: Libro I: Disposiciones Generales, Libro II: Del Proceso de Cognición, Libro III: Del Proceso de Ejecución y Libro IV: Del Procedimiento Especial.

A través de la Ley N° 581 de fecha 14 de julio de 1950 se introducen novedosas técnicas en el Derecho Procesal Civil Italiano. Sin embargo, los efectos negativos de esta contra-reforma no tardaron en evidenciar los problemas que se presentarían en el desarrollo de la justicia y sobre todo en la doctrina.

Es así que entre los años 50 y 80, no existieron modificaciones de gran relevancia en el sistema procesal vigente de ese entonces. No obstante a ello, una de esas reformas en la legislación italiana estuvo dirigida al instituto del Divorcio mediante Ley N° 898 de fecha 01 de diciembre de 1970, la cual brindó mayores alcances acerca de los efectos que produce el matrimonio y mediante

Ley N° 533 de fecha 11 de agosto de 1973 se logra formular un proyecto parcial de reforma del Código Procesal Civil Italiano.

Posteriormente, se dieron otras reformas en el Sistema del Proceso de Conocimiento regido por el Codice di Procedura Civile, según la doctrina. La primera de ellas se dio mediante la Ley N° 353 de fecha 26 de noviembre de 1990, la cual modificó numerosos dispositivos del Código Procesal Civil Italiano y del ordenamiento Judicial Peninsular, una parte de esta ley entró en vigor el 01 de enero de 1993 y, otra parte el 30 de abril de 1995 y la segunda reforma fue dada mediante la Ley N° 374, la cual entró en vigor el 01 de mayo de 1995.

De todas las leyes la más reciente es la Ley N° 89 de fecha 24 de marzo del año 2001 que establece el derecho a una reparación por el daño patrimonial causado en un determinado proceso, la misma que dio pie a los comentarios que hicieron los procesalistas, a través de dos Comisiones: una, presidida por el Profesor Giuseppe Tarzia, para revisión de las normas del Codice di Procedura Civile, y la otra, presidida por el Profesor Raffaele Foglia, para las propuestas de revisión del Processo Del Trabajo.

Por otra parte, cabe precisar que el Derecho Italiano reconoce la existencia de medidas cautelares no previstas de manera específica, pero que son aplicables en caso de urgencia y de especial verosimilitud del derecho con lo que adquieren un carácter que suscita discusiones en la doctrina (Art.700°).

Aparte, se puede lograr la condena a pagar anticipadamente sumas de dinero u obtener del mismo modo la entrega de bienes, todo en base a la eficacia de la prueba reunida (Art.186°). Además rige el pago anticipado de créditos laborales con igual fundamento, en los términos del Art.423°, y el procedimiento de injunción del Art.633°.

El artículo 700° del Codice di Procedura Civile, el sistema jurídico italiano, establece dentro del capítulo de procedimientos cautelares, a los llamados “provvedimenti d’urgenza”, en base a ese dispositivo, previsto en realidad para asegurar como medida cautelar genérica y no para anticipar, se ha dado cabida

a la jurisdicción anticipatoria en merced a la labor doctrinaria y jurisprudencial, resulta de un procedimiento que la doctrina calificó como sumario cautelar y la tutela se otorga cuando en base al *fumus boni iuris* del peticionante, se advierte un especial peligro in mora, “inminente e irreparable”, causado por la permanencia de un derecho en estado de insatisfacción hasta el momento del fallo definitivo.

Según **Satta**, corresponde distinguirlos de las medidas específicamente contempladas en la ley, ya que “Del conjunto y de la coordinación de estas condiciones de la providencia se puede razonablemente deducir que su característica es la de consentir una anticipación de los efectos de la decisión al día de la demanda”²¹⁷; se basan en la posibilidad por ésta, revistiendo el carácter de instrumentales y subsidiarias en tanto que pueden servir sea para un objetivo meramente conservativo como para uno anticipatorio, según lo decida el juez que al efecto queda dotado de amplias facultades de apreciación; no es aplicable, por ejemplo, para obtener la asignación provisoria de alimentos, para suspender la eficacia de un título ejecutivo extrajudicial, o la ejecutividad de un pronunciamiento judicial, o para obtener el reintegro inmediato de un trabajador a su puesto, o para cautelar un derecho de crédito ante el peligro de la insolvencia del deudor, pues en tales casos, la ley prevé remedios concretos.

Fue aplicado por ejemplo, para impedir la difusión de una novela que permite identificar al personaje real afectando su honor, para secuestrar documentos televisivos o impedir la difusión de carteles publicitarios que no otorgaban al demandante la convenida preponderancia en las figuras y textos; para evitar la actividad industrial claramente dañosa con respecto al predio vecino; para obstar a que, en contravención con las normas vigentes, los funcionarios asuman competencias que os les corresponde; para evitar se reconozca al autor en casos de publicación de imagen no autorizada; para secuestrar

²¹⁷ SATTA, Salvatore (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. V.II. Pág.231. Traducción de Santiago Stis Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires - Argentina.

fotogramas de un documento televisivo perjudicial al honor y dignidad de la persona a la que se refería; para evitar la publicación de correspondencia epistolar reservada de persona difunta; para impedir que un intérprete cante una canción por televisión.

El **artículo 700°**, se complementa hasta la ley del 26 de noviembre de 1990, con el 702° que remitía el procedimiento ante el pretor, en términos del artículo 689 ° y siguientes. Este dispositivo habilitada al juez requerido para disponer la citación de la parte interesada antes de resolver, o bien resolver de inmediato si mediere una sumaria información.²¹⁸

A partir de la fecha mencionada se derogaron los artículos 702° y 689°; sin embargo, continuó en su vigencia el artículo 669° sexies, que impone ante la solicitud de una medida cautelar, la convocatoria de la contraria, salvo cuando con ello se pueda perjudicar las actuaciones; también el artículo 669° undices que faculta al juez a fijar una caución.

Por ley del 21 de junio de 1995 se estableció el Art.186° quater que dispone “Agotada la instrucción el Juez instructor, a instancia de parte que ha propuesto demanda de condena al pago de sumas o bien a la consigna y a la liberación en los límites en los cuales considera sea obtenida la prueba. Con la ordenanza el Juez provee sobre los gastos procesales”.

En materia de **procesos laborales**, rige el artículo **423°** que dispone que a instancia del trabajador puede decretarse el pago de las sumas no controvertidas, salvo rebeldía; asimismo se puede disponer el pago de una suma a título provisorio cuando se considere acreditado por las pruebas reunidas a ese momento. La resolución tiene carácter de título ejecutivo y puede ser revocada con la sentencia definitiva.²¹⁹

²¹⁸ RIVAS, Adolfo. *La Jurisdicción Anticipatoria* en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Pág. 20.

²¹⁹ GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2000). *Tesis de Cautela y Contracautela en el Proceso Civil*. Lima - Perú. Pág.141.

El Art. 700° del Código en referencia regula lo que generalmente se denomina en la doctrina como **Poder General de Cautela**, el cual viene a ser el poder jurídico que tiene el juzgador de conceder medidas cautelares no tipificadas en el ordenamiento jurídico, las cuales tienen que ser idóneas para lograr la eficacia en el caso particular.²²⁰

Sin embargo, tanto la redacción de la norma como las necesidades particulares de eficacia que la sociedad contemporánea le impone a la justicia civil, han determinado que la doctrina italiana tenga a la fecha una polémica abierta respecto a las posibilidades de su uso, al tal punto que no es posible establecer un nivel de precisión elemental en torno a qué pedido es posible o no, en caso sea solicitado o concedido sobre la base del mencionado Art. 700°.²²¹

Como se mencionó, este Código peninsular al hacer referencia a los procesos urgentes consagró el “proveimiento” de urgencia en una norma específica, el Art. 700° del C.P.C. Cabe señalar que las medidas a disponer por el magistrado no revisten carácter cautelar, pues al acordar una tutela anticipada lo hace porque luego de efectuar un juicio suficiente de probabilidades estima que existen razones suficientes como para conceder al momento del planteo, lo que debería ser admitido al final —en la sentencia de mérito— pero que si se postergara, el derecho que demanda protección quedaría desconocido en grado irreparable. “El trámite del proceso continúa, sin embargo hasta la sentencia final”.²²²

En síntesis, la doctrina y jurisprudencia itálica han ido configurando un proceso cautelar amplio que permite al Juez adoptar cualquier medida idónea para

²²⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE ITALIA. Medidas Cautelares. Art. 700.

²²¹ MONROY PALACIOS, Juan José. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Editorial Palestra. Lima - Perú. Pág. 72-73.

²²² MORELLO, Augusto M. (1996). *Anticipación de la Tutela*. Editorial Librería Editora Platense S.R.P. La Plata - Argentina. Pág. 623.

garantizar la tutela, frente a cualquier acto administrativo, incluido los negativos.²²³

25.10. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE FRANCIA

El Nuevo Código de Proceso Civil fue aprobado mediante Decreto Nro. 2003-542 de fecha 23/06/03 (JO 25/06/03), en el cual se ha observado que el derecho francés contiene una institución denominada, el référé. De antiquísima data, actualmente en expansión, que se refleja igualmente en la vecina Bélgica.

El Référé consiste en un procedimiento que, con audiencia del demandado y dilucidación ante uno de los integrantes del colegiado (generalmente su presidente) mediante resolución se dispone el cumplimiento total o parcial de la pretensión, a las resultas de aquello que pudiera resolverse por la sentencia definitiva luego de un desarrollo procesal completo. Son conocidos como procedimientos “avant dire droit”.

Se trata de procedimientos a los que se llega a fijar plazos muy abreviados para concretar la respuesta en casos en los que se vean motivos de urgencia, y el accionado muestre la inconsistencia de su posición (falta de contestación sérieuse). Básicamente regulados en los artículos 808° y 809° del Código Procesal Civil Francés.

Clasificación de las Medidas Cautelares Anticipadas:

- a. **Clásica:** el que sirve de modelo a las otras modalidades y que se otorga en situaciones de urgencia; está apuntando a obtener soluciones tales como la paralización de obras, el otorgamiento de servidumbres de paso, **la expulsión de ocupantes sin título justo.**
- b. El **de remis en état**, utilizable ante respuestas endebles, ordenando el reintegro de personas a sus funciones **o la restitución de bienes.**

²²³ VARGAS, Abraham Luis. *Teoría General de los Procesos Urgentes en la Legislación Italiana* - Parte I. La Ley. 1996-A. 881/2.

- c. El **référé provision**, destinado a ordenar el cumplimiento de obligaciones hasta el monto o nivel que aparezcan indiscutibles, cuando no haya dudas serias acerca de su exigibilidad y sin que sea necesaria la existencia de motivos de urgencia. Es utilizado para proveer la entrega de sumas dinerarias en casos de accidentes de tránsito, daños ocasionados por defectos de construcción de edificios, etc. Puede alcanzar el total indemnizatorio o una parte del mismo.
- d. El **référé injonction**, modalidad que abarca varios supuestos y es dividida en **injonction de payer** (que en realidad es un **proceso monitorio para el cobro de sumas de dinero**) e **injonction de faire**, destinado al cobro de obligaciones en natura, sumamente utilizado en materia de protección de los derechos del consumidor.
- e. El **référé preventivo**, equivale en realidad a los procedimientos de reunión de prueba anticipada previstos en los artículos 284 y siguientes del Código Procesal Civil del Perú y 326 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, dentro de los que se encuentra la posibilidad de realizar diligencias verificadoras (por ejemplo los artículos 290° y 295° del Código Peruano, actividad que en Francia está regulada por las ordenanzas sur requeté).
- f. El **référé administrativo**, destinado a obtener del Estado una pronta indemnización por su actividad cuasidelectual, por ejemplo daños derivados de operaciones quirúrgicas llevadas a cabo en hospitales públicos, o perjuicios provocados por obras públicas. Si bien la jurisprudencia lo aplica con criterio sumamente restrictivo, es posible obtener la suspensión del acto administrativo, mediante la denominada **zorcís á exécution**.²²⁴

²²⁴ NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DE FRANCIA. Medidas Cautelares. Artículos 808 y ss.

25.11. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO

Este Código ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, entrando en vigencia el 25 de marzo del mismo año. En su Libro Segundo Contención, Título Cuarto encontramos a las denominadas Medidas Preparatorias, de Aseguramiento y Precautorias, denominadas en el Código Procesal civil peruano como “Medidas Cautelares”.

Así, podemos citar a su Art. 384, el cual ha previsto que “Antes de iniciarse el juicio o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretan sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. Sin embargo, la resolución que niegue la medidas es apelable”.

En su Art. 387 hace referencia a uno de los presupuestos jurídicos que tanto en el Código Procesal Civil peruano como en la Doctrina se conoce bajo la denominación de “Contracautela”, señalando que “En todo caso en que la mantención de las cosas en el estado que guarden, pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, **se exigirá previamente, garantía para asegurar su pago**, a juicio del Tribunal que la decrete”, dicho artículo concuerda con el Art. 391 al señalar que “La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, **y la parte contra la que se dicte podrá obtener el levantamiento de la medida, o que no se efectúe, otorgando contragarantía suficiente para responder de los resultados del juicio**”, esto último sólo se efectuará en caso de la medida precautoria de embargo.

Dentro de la clasificación de Medidas Precautorias que norma el Código Federal de Procedimientos Civiles de México tenemos: Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio y el Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre los que verse el pleito. Estas medidas precautorias pueden ser decretadas, a solicitud de parte, dentro o

antes de iniciarse el juicio, según lo previsto en el Art. 389 del precitado Código.²²⁵

25.12. LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE CUBA

La Ley Nro. 7 denominada “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral” fue aprobada en la Sesión de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, celebrada del 12 al 14 de julio de 1977, correspondiente al primer período ordinario.

En su Libro Segundo, Título VII se ha regulado como única clase de medida cautelar al Embargo. Por ello, en su Art. 460 señala lo siguiente: **“El actor, para asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la acción ejercitada o que se proponga ejercitar, podrá pedir el embargo de bienes del demandado en cantidad suficiente”**.

El Embargo procederá en los Procesos Ordinarios (Posesión, Propiedad y Herencia) y en los Procesos Sumarios; ya sea al interponer la demanda, o en cualquier momento posterior durante el curso del procedimiento.

Así también, podrá decretarse previamente el embargo mediante la prestación de fianza, siempre que la acción se ejercite o se pretenda ejercitar contra una persona que se halle ausente o pretenda ausentarse del país, o que pueda presumirse que tratará de hacer desaparecer u ocultar sus bienes, de acuerdo a lo previsto en su Art. 461.

En su Art. 464, se ha establecido que decretado el embargo, se procederá inmediatamente a su ejecución en la forma que corresponda, según la naturaleza de los bienes objeto del mismo. Tratándose de inmuebles, el embargo se limitará a librar la respectiva comunicación al responsable de la

²²⁵ CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO. Libro Segundo Contención, Título Cuarto: Medidas Preparatorias, de Aseguramiento y Precautorias. Artículos: 384, 387, 389.

oficina y organismo donde conste la inscripción de la propiedad del inmueble para que extienda la anotación correspondiente, según lo señala su Art. 468.

Finalmente, en su Art. 470 establece que la medida cautelar de embargo no se llevará a cabo, siempre que en el acto de practicarlo, la persona en cuyo perjuicio se haya decretado, pagare, consignare o constituyere fianza bastante para responder de las cantidades que se reclamen.²²⁶

CONTENIDO SEGUNDA PARTE: DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL - LA DESCRIPCIÓN EMPÍRICA DEL PROBLEMA:

El proceso de desalojo tiene como objeto la expedición de un derecho declarativo, declarar un derecho dudoso que se perfecciona durante el desarrollo del proceso judicial. Sin embargo, el desarrollo del referido proceso judicial hace muchas veces que la demora en el servicio de impartición de justicia, ya sea por la excesiva carga de expedientes o la dolosa y manifiesta conducta procesal de la parte demandada de dilatar el proceso, convierten en injusta la restitución de la posesión inmediata del inmueble, dado el excesivo tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda hasta que se declare la sentencia, para lo cual muchas veces transcurren varios meses o años, situación que resulta intolerable para la justicia y por ende para el derecho.

²²⁶ LEY Nro. 07: DEL PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE CUBA.

En este orden de ideas, buscándose mecanismos ágiles que permitan revertir estas situaciones injustas; con ese espíritu, el **Artículo 674° del Código Procesal Civil** estableció de manera general que, excepcionalmente, por la **necesidad impostergable del que la pide** o por la **firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada**, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

De modo tal, que el Juzgador puede anticipar tutela mediante una solicitud cautelar antes que la sentencia final sea expedida, si se acredita la necesidad impostergable del que la solicita o cuando el derecho alegado se encuentre de manera clara debidamente sustentado, total o parcialmente en la demanda o de su actuación en el desarrollo del iter procesal.

Asimismo debemos señalar que el **Artículo 674°²²⁷ del Código Procesal Civil** el Juez a parte de decidir en la sentencia , sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de esta, **aquí se nos presenta modificación “siempre que los efectos de la decisión pueda ser posible reversión y, no afecten el interés público”**.

El **Artículo 679° del Código Procesal Civil** establece de manera especial una medida anticipada para los procesos de desalojo, en los casos que se produzca el **vencimiento del plazo del contrato** o por **otro título que obligue la entrega**, en otras palabras, sólo en estos casos procede la ejecución anticipada de la futura decisión final. Sin embargo, se restringen los alcances del **Artículo 674° del Código Procesal Civil**, al no aplicar a los supuestos en los que pudiere existir una necesidad impostergable en la pretensión, siempre que sea firme el fundamento de la demanda y prueba aportada, es decir, que el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y adicionalmente se acredite el **“abandono del bien”**. **Aún con la modificación que el legislador plasmo, en sus efectos de posible**

²²⁷ Normas Legales. Diario El Peruano. Con Decreto Legislativo N° 1069. Publicado el 28 de Junio del 2008. Lima-Perú.

reversión y no afectar el interés público, de alguna manera u otra trata de dar una mejor postura y mayor amplitud”.

En tal sentido, el comentado artículo adjetivo establece en opinión del suscrito, un requisito adicional, que no se encuentra previsto en **el Art. 674º del Código Procesal Civil** para poder ejecutar anticipadamente la medida cautelar y es que el inmueble se encuentre abandonado, lo cual constituye un requisito adicional que enerva el derecho a la tutela judicial cautelar y de acceso a la justicia de manera efectiva y rápida.

En ese orden de ideas, para qué exigir un requisito adicional? Acaso se justifica proteger provisoriamente el derecho de un poseedor cuya permanencia en la posesión inmediata del inmueble adolece de sustento?

Adicionalmente, considero que los **Artículos 630º y 676º del Código Procesal Civil**²²⁸ establecen de manera errónea que la medida cautelar caduca de pleno derecho si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, toda vez, que las medidas cautelares están destinadas a cautelar la eficacia del proceso y no una instancia.

Asimismo el **Artículos 630º**²²⁹**del Código Procesal Civil**, por el Decreto Legislativo N° **1069** de fecha veintiocho de Junio del 2008, sufrió una modificación; “ si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contra cautela de naturaleza real o personal”. Cambios en lo que se

²²⁸ **ARTÍCULO 630 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.** “Si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, **la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho**, aunque aquella hubiere sido impugnada. Artículo 676º del Código Procesal Civil. “Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda este obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el Artículo 567º. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.”

refiere a la desestimación de la sentencia declarando infundada, queda cancelada; la novedad a apreciarse es que el Juez a pedido del solicitante mantener la vigencia de la medida cautelar, siempre que ofrezca contracautela personal o real; es una medida un poco equitativa ; valgas verdades las medidas cautelares no están destinadas a cautelar la eficacia de una instancia, sino del proceso en si.

Sucede que muchas veces al cancelarse una medida cautelar, por ejemplo de anotación de una demanda, el inmueble es transferido a un tercero quien formalmente lo adquiere a título oneroso y con buena fe, aun cuando en la realidad es para burlar la eficacia del proceso en giro; convirtiendo en una mera declaración de carácter lícito sin eficacia jurídica; razón por la que las medidas cautelares concedidas debieran mantenerse hasta la conclusión del proceso judicial, ya que una de las finalidades esenciales es asegurar el resultado del proceso; insisto no de la instancia. Situación que sin embargo, es defendida por algunos autores como Giuseppe VIGNERA en el trabajo *Sui rapporti tra provvedimenti d'urgenza e sentenza di merito*.²³⁰

1.1.1. MEDIDA CAUTELAR: DESALOJO ANTICIPADO

Procede el desalojo como medida anticipada de la futura decisión final cuando concurren los siguientes supuestos: **a) esté acreditado indubitablemente el derecho a la restitución y b) el bien se encuentre abandonado.**

Entonces, cuando no se cumplen con alguno de los presupuestos establecidos en el Art. 679º del Código Procesal Civil, las solicitudes de tutela anticipada en los procesos de desalojo, son desestimadas. En este sentido, tenemos por

²²⁹ Normas Legales. Diario El Peruano. Decreto Legislativo N° 1069. Publicado el 28 de Junio del 2008. Lima-Perú.

²³⁰ VIGNERA, Giuseppe. *Sui rapporti tra provvedimenti d'urgenza e sentenza di merito*. En Revista di Diritto Processuales. Padova: Cedam. A993. Pág. 511-512.

ejemplo al **Expediente N° 1115-99**²³¹ (Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento):

“Lima, veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Interviniendo como vocal ponente la señora Gastañadui Ramírez. En que se declara Improcedente la Solicitud de Medida Cautelar presentada por **Hayashida Martínez Martha Haruro y Otro con la Casa del Médico, sobre Resolución de Contrato**, por considerar que al encontrarse los accionantes en el uso de bien no se cumple con uno de los Requisitos para **amparar la medida cautelar sobre el fondo que constituye el hecho que el inmueble se encuentre abandonado**”.

SS. SIFUENTES STRATTI/ ZALVIDEA QUEIROLO/ GASTAÑADUI RAMIREZ

Se puede solicitar una medida cautelar sobre el fondo en un proceso de desalojo, en dos supuestos:

- a. **En el primer supuesto**, el demandante puede solicitar la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, siempre que se encuentre **vencido el plazo del contrato** de arrendamiento (primer requisito especial) y que el inmueble se encuentre en estado de abandono (segundo requisito común).
- b. **En el segundo supuesto**, el demandante puede solicitar la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo; siempre que ostente algún otro **título que obligue la entrega del inmueble** (primer requisito especial) e igualmente que éste se encuentre desocupado (segundo requisito común).

Si bien es cierto el Código adjetivo ha dejado abierta la posibilidad para que se pueda solicitar una medida cautelar sobre el fondo, en ambos supuestos

²³¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2000). Jurisprudencia Actual Tomo IV. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú. Pág. 726.

normativos, el ordenamiento jurídico no satisface la necesidad de justicia de los litigantes de manera efectiva.

En primer término, porque no es usual que el poseedor, cuando se ha producido el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento u otro título que obligue la entrega del inmueble, el ocupante lo abandone después del vencimiento del plazo del citado contrato. En ese sentido, es bastante normal que lo ocupe en forma indefinida hasta que sea desalojado y que inclusive presione al cedente la condonación de los arriendos, bajo la condición de la desocupación inmediata del inmueble, lo cual es aberrante para el derecho.

De manera que, al estar ocupado el inmueble y vencido el título que legitimaba la posesión, no es factible jurídicamente que se ejecute alguna medida cautelar que sea efectiva sobre el inmueble para la recuperación de la posesión, pese a que de manera clara se encuentra definido el derecho.

En el segundo caso, del mismo modo, como puede ser el caso del desalojo por falta de pago (el equivalente a la merced conductiva dos meses y quince días), no basta que se encuentre acreditado el derecho de posesión inmediata sobre el inmueble, sino que además el inmueble se encuentre desocupado o mal llamado por la legislación en “**estado de abandono**” cuando hubiera sido más adecuado señalar que siguiendo la línea del legislador, que se acreditara que el poseedor no reside en el inmueble, lo cual como señaláramos anteriormente no es muy común, la regla es que el inquilino moroso ocupe el inmueble hasta su desalojo.

Normalmente, la falta de cumplimiento del contrato se debe a razones de índole económico y/o moral que tienen trascendencia de carácter civil, donde el demandante no tiene la capacidad económica para sufragar un proceso ejecutivo de cobro de arriendos o también cuando los bienes que tiene el inquilino no meritúan ejercitar en su contra las acciones de cobro de arriendos o similares (penalidades).

La opción legislativa busca de salvaguardar como valor jurídico el derecho de posesión por encima del valor del derecho de propiedad, lo cual desde hace muchos años, viene ocasionando serios perjuicios en todas aquellas personas naturales o jurídicas, que se dedican a alquilar un inmueble y por ende, serios daños a la economía nacional toda vez, que la actividad de la construcción es una de las actividades económicas más importantes de una Nación; en la cual el ejercicio de la posesión inmediata conlleva la efectiva protección del derecho de disposición y disfrute de un bien de manera rápida y efectiva.

1.2. LA MATERIA JURÍDICA ESPECÍFICA QUE TRATA EL DERECHO

Este problema pertenece al ámbito del derecho procesal civil, el cual establece varios supuestos de las erróneamente denominadas medidas temporales sobre el fondo, cuando en realidad debieron ser denominadas como medidas anticipadas. A título enunciativo podemos mencionar: la asignación anticipada de alimentos (**Art.675°**), asuntos de familia e interés de menores (**Art.677°**), administración de bienes (**Art.678°**), desalojo (**Art.679°**), separación y divorcio (**Art.680°**) y devolución del bien en el despojo (**Art.681°**).

Sin embargo, dicha norma no precisa si la aplicación de la medida cautelar se reduce a los casos mencionados o si caben otros. No obstante de la omisión, debe entenderse que no hay óbice para que se efectivice una medida temporal sobre el fondo en un proceso distinto (numerus apertus), siempre que se cumpla uno de los requisitos a los requisitos establecidos de manera general en el Artículo 674° del Código Procesal Civil, como son: la necesidad impostergable del que lo solicita o la firmeza en el fundamento de la demanda y prueba aportada²³².

Las medidas anticipadas son de carácter excepcional, por lo que su utilización debe restringirse a los casos que realmente justifiquen su aplicación, siempre y

²³² MESINAS MONTERO, Federico (1999). *Las Medidas Temporales sobre el Fondo*. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú. Pág. 345.

cuando concurren los requisitos establecidos legalmente en el ordenamiento adjetivo.

Así, **De Lázzari** ²³³ destaca lo siguiente: “La finalidad precautoria no siempre es meramente conservativa. La realidad revela la existencia de situaciones que, de subsistir, ocasionaría un daño irreparable al demandante, lo que requiere más que mantener el statu quo, lisa y llanamente alterarlo. En segundo término, recordemos que si bien en la mayoría de los casos corrientes la actividad preventiva tiene lugar de un modo conservatorio (asegurando los medios para el cumplimiento oportuno de la sentencia), en ocasiones también puede llegar a alcanzar un rol más acentuado, si así fuere exigido según las particularidades. Concretamente, haciendo coincidir el contenido de la medida cautelar con el contenido mismo de la sentencia final a la que aspira”.

Por su parte, **Morello** enseña que mientras el objeto del proceso cautelar clásico es “servir o asegurar” el resultado del proceso madre o principal²³⁴, también existe lo que denomina cautela material (que muchas veces se motoriza a través de una diligencia innovativa) cuyo despacho favorable acarrea el cautelante la obtención práctica de los resultados que debería haber aguardado para el caso de serle favorable la sentencia de mérito.

Al respecto, hay que tener en cuenta la gravedad que conlleva ejecutar anticipadamente un fallo judicial, pues si bien toda medida cautelar importa un prejuzgamiento, esta característica brilla con mayor intensidad en estos casos, donde no sólo se logra asegurar una ejecución forzada o mantener o variar el estado actual de las cosas, sino que directamente se ejecuta lo que pide el actor, en desmedro del demandado.

²³³ DE LÁZZARI, Eduardo (1996). *Medidas Cautelares*. Editorial Platense. La Plata – Argentina. Pág. 367.

²³⁴ PEYRANO, Jorge W. (1995). *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano*. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 303-304.

Ello obliga al juez a ser doblemente cuidadoso en la aplicación de una medida cautelar de este tipo y, por ende, a observar en todo momento su carácter excepcional, no vaya a ser que con el fallo anticipado se vean irremediablemente lesionados los derechos del demandado, en caso aquel sea dictado sin haber mediado justificación suficiente.²³⁵

Finalmente, cabe precisar que la realidad muestra cada vez con mayor intensidad el fenómeno jurídico consistente en el dictado de decisiones destinadas a anticipar el efecto de cumplimiento de lo requerido por el actor, es decir, a satisfacer la pretensión, total o parcialmente, antes del momento en que corresponda un pronunciamiento definitivo.

Se da en supuestos en los que la situación de demandante (cierta o presunta) o el interés público en la protección inmediata de derecho afectado, justifican apartarse del curso normal del proceso para cumplir con aquella satisfacción, de modo de no tornar inocua la actividad jurisdiccional.

Lo decidido adquiere vigencia temporal que le permite ser inmune a la impugnación o medio por el cual se la quiera alterar; posibilita la ejecución o el cumplimiento y con ello la satisfacción de la pretensión, pero de manera tal que ese estado perdure hasta la sentencia definitiva que puede dejarlo sin efecto o por el contrario, avalarlo, dado el alto grado de verosimilitud del derecho del actor según resulta de la substanciación, o de la irreversibilidad de lo resuelto, es computable como factor presente pero cuya consideración quedará postergada en el tiempo, esta regla es denominada como “**rebus sic stantibus**”,²³⁶ la misma que en algunas ocasiones debe dejarse de lado de

²³⁵ MESINAS MONTERO, Federico (1999). *Las Medidas Temporales sobre el Fondo*. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú. Pág. 88.

²³⁶ REBUS SIC STANTIBUS: Locución latina usada en el Derecho Romano, que significa que se cumplirá un contrato “si la situación sigue igual”. En el Derecho Internacional, se dice que sólo pueden dejar de cumplirse los tratados internacionales por cambios radicales, que lo convierten en uno de imposible ejecución. Diccionario Jurídico del Poder Judicial del Perú. Lima - Perú. 2005.

manera que el cambio de realidad permite modificar o dejar sin efecto lo anticipado.²³⁷

Es el caso por ejemplo, de una situación que haga inconveniente la tenencia de los hijos del matrimonio en manos del cónyuge al que se había concedido, o la de un cambio de fortuna en el alimentado o en el alimentante que torne inadecuado lo resuelto.

1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.3.1. INTRODUCCIÓN:

Las medidas cautelares tienen carácter asegurativo, en tanto que las medidas temporales sobre el fondo tienen carácter atributivo. Mientras las primeras sólo implican sustraer un bien jurídico de la esfera del requerido sin atribuir nada al requirente, mediante las segundas se sustraen bienes jurídicos al requerido, los que son atribuidos al requirente.

El dictado de medidas cautelares sólo requiere la verosimilitud del derecho invocado; en cambio la medida temporal sobre el fondo exige un grado de cognición más profundo, es decir, mayor que la verosimilitud y menor que certeza. Asimismo, se tiene que las medidas temporales sobre el fondo se sustentan en un peligro de retraso, en tanto que las cautelares se sustentan en un peligro de infructuosidad. Las medidas cautelares tienen una relación de instrumentalidad con el proceso principal, pues sirven a los fines de éste para asegurar la efectividad de la resolución que le ponga fin.

En contraste, las medidas temporales sobre el fondo, además de tener una relación de instrumentalidad con el proceso principal, tienen una relación material y directa con el derecho invocado, pues aquéllas satisfacen provisoriamente lo pretendido.

²³⁷ RIVAS, Adolfo A. (1997). *Decisiones Anticipatorias*. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima - Perú. Pág. 156-157.

Es viable la modificación del **Artículo 679° del Código Procesal Civil** a fin que sea admisible una medida cautelar de desalojo siempre que se encuentre debidamente acreditado el derecho o haya sido expedido sentencia favorable (tutela provisoria), prestando las garantías o contracautelas del caso, para cubrir los daños y perjuicios que pudiere sufrir el ejecutado con la medida, al existir un grado de certeza relativa sobre la pretensión. **Una vez otorgada la medida cautelar, ésta no debe ser modificada hasta la conclusión del proceso.**

Por otra parte, es conveniente, la regulación de la tutela provisoria, a fin que sea admisible cuando es amparada algún extremo de una demanda, a fin de evitar un perjuicio irreparable y no se espere innecesariamente la dilación del trámite que tiene un proceso judicial.

Debemos acotar que el proceso de desalojo en el ordenamiento procesal peruano es uno de los medios de protección de los bienes que tiene como propósito mediante un proceso sumarísimo, llegar a la sentencia de un modo rápido y eficaz; en el cual no deben admitirse articulaciones dilatorias que tiendan a desnaturalizarla, pues esta clase de proceso tiene la naturaleza de ser sumarísimo, porque su trámite se ventila y resuelve sin límites, decidiéndose definitivamente lo atinente a la restitución de inmuebles, lo cual constituye su objeto. El motivo que dio lugar a la creación de este tipo de procesos fue el de brindar al propietario de un inmueble una herramienta eficaz para recuperarlo de inmediato de quien, sin derecho, lo retuviese.

En la mayoría de casos sobre procesos de desalojo se obtienen sentencias favorables. Sin embargo, las consideramos injustas, toda vez que desde la fecha en que se produce la presentación de la demanda hasta la restitución del bien inmueble transcurren más del plazo legal establecido en la vía del proceso sumarísimo, el cual es de 15 días (5 días para contestar la demanda y 10 días para la Audiencia Única y expedición de sentencia; excepcionalmente y a criterio del Juez, se puede ampliar dicho plazo para resolver); es decir, que transcurren varios meses más e incluso años (de acuerdo a los expedientes

revisados el plazo supera el año, dado que en algunos casos el litigio se resuelve hasta llegado los 3 años aproximadamente) .

Esta situación ocasiona serios perjuicios económicos a los demandantes, quienes pese a acreditar fehacientemente el derecho a la restitución del inmueble ven menoscabado su patrimonio por dichas dilaciones innecesarias.

1.3.2. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA Y FORMULACIÓN DE LA INTERROGANTE, A PARTIR DE LAS CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE.

A. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA:

Es necesario acreditar la relación existente entre el tipo de petitorio en los procesos de desalojo y las sentencias de primera instancia, ya sea por cuanto la resolución del contrato de arrendamiento se produce por las causales de vencimiento del plazo del contrato, por la falta de pago de los arriendos u otros.

En este sentido, es viable jurídicamente la modificación del **Artículo 679° del Código Procesal Civil**, a fin que sea admisible una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo; siempre que se encuentre debidamente acreditado el derecho a la restitución del inmueble, aplicando el criterio para la concesión de medidas cautelares temporales sobre el fondo que es clasificada en el presente caso como de Cognición Sumaria, en la cual existe un grado más profundo que es el juicio de verosimilitud posible.

Incluso en este estadio cognitivo puede exigirse mayor excepcionalidad de otorgamiento de la medida, donde el grado de verosimilitud es de una fuerte probabilidad, que en realidad se vincula con la excepcionalidad de la medida antes que con la profunda; así tenemos por ejemplo, el juicio valorativo para el otorgamiento de una medida cautelar.

Es conveniente por otra parte, la regulación de la tutela provisoria, a fin que sea admisible cuando sea amparado algún extremo de una demanda, a fin de evitar

un perjuicio irreparable y no se espere innecesariamente la dilación del trámite que tiene un proceso judicial.

B. FORMULACIÓN DE LAS INTERROGANTES

❖ INTERROGANTE PRINCIPAL

¿Es viable que el actor al interponer una demanda de desalojo cuyo petitorio se basa en la resolución del contrato por las causales de falta de pago, vencimiento del plazo de contrato de arrendamiento u otros que buscan se le conceda la posesión inmediata sobre el inmueble, pueda solicitar una medida cautelar sobre el fondo que le permita la restitución del inmueble antes que se dicte la sentencia definitiva, sin necesidad de acreditar el estado de abandono del inmueble?

b.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

Sí, existe relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por las causales de falta de pago y vencimiento de plazo del contrato con la sentencia que pone fin al proceso en sentido favorable para el demandante; en términos que si la mayoría de los procesos judiciales de desalojo concluyen de manera satisfactoria para la parte demandante, constituye un contrasentido que se exija para la ejecución de la medida cautelar sobre el fondo que se encuentre acreditado de manera indubitable el derecho a la restitución del inmueble y que adicionalmente, éste se encuentre en estado de abandono.

En otras palabras, el actor se ve impedido de solicitar una medida cautelar sobre el fondo, debido a que en aplicación de nuestro ordenamiento jurídico para que se conceda este tipo de medidas cautelares en los procesos de desalojo, se exige que el demandante acredite el abandono del inmueble, pese a que se encuentra acreditada suficientemente la verosimilitud del derecho a la restitución, mediante un análisis a nivel de cognición sumaria y se haya constituido garantía (contracautela) contra los daños y perjuicios que pudiera

ocasionar el adelantamiento de la restitución del inmueble al requirente, que formalmente se resolverá de manera definitiva en el proceso principal.

Por tanto, esta situación ocasiona una innecesaria dilación en la restitución de la posesión del inmueble al demandante que regularmente demora muchos meses e incluso años; lo cual genera serios perjuicios económicos de manera injusta y se revertiría razonablemente con la supresión de tal requisito que inclusive no es exigido a nivel de la legislación comparada que ha sido revisada en el presente trabajo de investigación.

❖ INTERROGANTE ESPECÍFICA Nº 1

¿Existe relación entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por la causal de falta de pago y otras en las que pueda incurrir el contrato de arrendamiento como: el vencimiento de contrato, incumplimiento de contrato y la sentencia que pone fin al proceso, en sentido favorable para el demandante al conceder la posesión inmediata sobre el inmueble?

b.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 1

Sí, evidentemente existe una relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo referido a la causal de falta de pago y otras que puedan resolver el contrato de arrendamiento, como son: el vencimiento de contrato, el incumplimiento del contrato y la sentencia que pone fin al proceso, en sentido favorable para el demandante al disponer la restitución de la posesión inmediata del inmueble.

❖ INTERROGANTE ESPECÍFICA Nº 2

¿Existe relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por causal de incumplimiento de contrato y otras que puedan resolver el contrato de arrendamiento como: la falta de pago, el vencimiento de contrato; y la última sentencia expedida de manera favorable para el demandante?

b.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 2

Sí existe relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo que tengan como causal el incumplimiento de contrato, la falta de pago y otras como el vencimiento de contrato que puedan determinar la resolución del contrato de arrendamiento; y la última sentencia obtenida favorablemente por el demandante.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA.

2.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES: INDEPENDIENTE Y DEPENDIENTE

HIPÓTESIS PRINCIPAL:

VARIABLE INDEPENDIENTE: Demanda de desalojo por la causal de falta de pago, vencimiento de contrato y otras que resuelvan el contrato de arrendamiento.

VARIABLE DEPENDIENTE: La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 1:

VARIABLE INDEPENDIENTE: Demanda de desalojo por causal de falta de pago y otras (vencimiento de contrato e incumplimiento del mismo), las mismas que tienden a resolver el contrato de arrendamiento.

VARIABLE DEPENDIENTE: La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 2:

VARIABLE INDEPENDIENTE: Demanda de desalojo por la causal de incumplimiento de contrato y otras como: la falta de pago, el vencimiento de contrato que conllevan a la resolución del contrato de arrendamiento.

VARIABLE DEPENDIENTE: La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

2.2. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES

Para la resolución del problema se ha creído conveniente definir teóricamente a las variables dependientes e independientes.

En ese sentido, iniciaremos una somera explicación sobre determinadas instituciones civiles de las cuales se origina el tema central a tratar: Las concesión de Medidas Cautelares en los procesos de desalojo por causal de resolución de contrato, ya sea por falta de pago y/o vencimiento de contrato de arrendamiento u otras que obliguen a la restitución de la posesión inmediata sobre el inmueble.

2.2.1. LA POSESIÓN

A. ETIMOLOGÍA

La palabra “**posesión**” deriva de la voz latina “**possidere**”, a su vez compuesta de la palabra “**sedere**” y del prefijo de fuerza “**pos**”, que significa sentarse, establecerse, además, sirve para designar una íntima relación física entre una persona y una cosa, que otorga a aquella la posibilidad de utilizar el bien con exclusividad.²³⁸

B. CONCEPTO

La posesión es el aprovechamiento directo, de hecho, o de derecho, del valor de uso o disfrute de una cosa. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

²³⁸ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel (2003). *El Ocupante Precario*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú. Pág. 15.

- La relación objetiva del hombre con las cosas.
- La utilización del valor económico de las cosas en cuanto sirven para el uso o disfrute, es la utilización del valor de uso incorporado en las cosas.
- Comprende dos clases de posesión: La que nace del poder de hecho sobre las cosas, y la que nace del derecho de propiedad, como una de las facultades del propietario. La primera está referida a la posesión como instituto autónomo, y la segunda, a la posesión derivada del derecho de propiedad.²³⁹

También podría definirse como el Derecho Real que consiste en una potestad de inmediata tenencia o goce conferida por el Derecho con carácter provisionalmente prevalente, con independencia de que exista o no Derecho Real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad. La posesión depende siempre en su vida de que el derecho de mayor rango, de definitiva y plena titularidad real no venga a desplazarlo.²⁴⁰

El Art. 896º del Código Civil, define: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Como se puede apreciar, esta definición carece de precisión y no corresponde a la realidad. Es imprecisa en el sentido de afirmar que la posesión **es el ejercicio de hecho de uno o más poderes, inherentes a la propiedad**.

Desde esta perspectiva, cabe la siguiente interrogante: **¿Queda fuera de la definición mencionada, el “ejercicio de derecho” de esos poderes inherentes a la propiedad?** Si así fuese, nuestro Código Civil sólo estaría normando **la posesión sin título**; es decir aquella que se ejerce de hecho.

²³⁹ CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). *Derechos Reales*. Editorial Cultural Cuzco. Lima - Perú. Pág. 278.

²⁴⁰ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Edición Espasa Calpe. S.A. Madrid, 2007. Impreso en España. Pág. 1135-1136.

Asimismo, es conveniente citar lo previsto en el **Art. 824º del Código Civil de 1936**, el cual establece que: “Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos”.

Haciendo una breve comparación entre el **Art. 824º**, citado en el párrafo anterior y lo previsto en el **Art. 896º**, podemos observar que sólo se ha mejorado la redacción del mismo, toda vez que el actual Código Civil está referido a la institución de la posesión y no al sujeto poseedor, como lo hacía el Código Civil abrogado. No obstante, ello no implica una mejora en cuanto a la oscuridad de la definición.²⁴¹

Sin embargo, para otros tratadistas los conceptos en materia de posesión han evolucionado radicalmente desde el Código Civil de 1936 al sustituirse el criterio básicamente romano de Savigny por el de Ihering, eliminándose de esa manera el factor intencional de la posesión o “animus”. Por su parte, **Jorge Eugenio Castañeda** menciona que “**a todo poseedor se le reputa dueño y sólo se puede destruir esa presunción legal probándose que él es un poseedor inmediato; vale decir que posee un bien en virtud de un contrato, además señala que todo poseedor goza de la protección posesoria**”.²⁴²

Finalmente, cabe señalar que en la legislación comparada, el **Código Civil para el Distrito Federal de México** en su **Art. 790º** establece que: “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el **Art. 793º** del mencionado Código Civil”, el cual señala lo siguiente: “Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento

²⁴¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (1980). *De los Derechos Reales*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú. Pág. 792.

²⁴² CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1952). *Los Derechos Reales*. Lima - Perú. Pág. 88.

de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”.

Por su parte, el **Código Civil de la República Argentina** en su **Art. 184º** señala lo siguiente: “Se considera que hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. No obstante a ello, en su **Art. 185º** se prescribe que “Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como delegada del poseedor, manteniendo así una distinción entre poseedor y tenedor de una cosa.”²⁴³

C. RELACIONES Y DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

En primer lugar es preciso recordar que la posesión es la primera manifestación de la propiedad. Históricamente la toma de posesión de las cosas, su apropiación (caza o pesca), son las primeras formas de la propiedad.

El hombre es dueño de las cosas porque las somete a su dominio y atiende con ellas sus necesidades. Su derecho nace de sus necesidades y de su capacidad de satisfacerlas. Consecuentemente, podemos afirmar que la posesión y la propiedad son un solo instituto.

Es recién con la evolución social que se inicia la distinción entre posesión y propiedad, todo ello en virtud al título que hace nacer el derecho, pues cuando se usan o disfrutan las cosas sin derecho, la relación del hombre con ellas es solamente **posesión** y cuando se usan o disfrutan las cosas con un título del que nace el derecho, se tiene la **propiedad**.

En cuanto a las diferencias, las que se consideran fundamentales son las siguientes:

²⁴³ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel (2003). *El Ocupante Precario: Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú. Pág. 34.

- El poseedor no tendrá facultad de **disposición**; en cambio el propietario sí la tiene, porque la propiedad viene a ser la “**utilización de los valores de uso y cambio de las cosas**”; mientras que la posesión es sólo la utilización del valor de uso de las cosas y no faculta a disponerlas.
- La propiedad concede acciones petitorias y posesorias, mientras que la posesión solo permite las acciones posesorias, incluidos entre ellas, los interdictos.

En tal sentido, es pertinente señalar que la posesión como instituto jurídico especial, constituye una reminiscencia del derecho primitivo, la justificación de que los bienes pertenecen a quien los usa. Ello, tiene gran importancia generalmente en las sociedades subdesarrolladas, en las que ante el **abandono del dueño**, el poseedor se transforma en tal, por la prescripción.

Asimismo, mientras no se manifieste el título, la ley les concede reconocimiento igual. Por tanto, al poseedor se le presume propietario hasta que no se pruebe lo contrario (**Art. 912º del Código Civil**); es decir que la posesión es propiedad hasta el momento en que se muestre título en contra.²⁴⁴

D. CONSERVACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA POSESIÓN

D.1. LA CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN.- En este punto, es conveniente referirnos a que se estimaba conservada la posesión mientras se mantuviese la intención posesoria, aun cuando no existiese el corpus. Sin embargo, la doctrina objetiva de la posesión trastornó totalmente estos conceptos al considerar que la posesión es el sometimiento de la cosa a su destino económico, en cuanto el poseedor está en aptitud de realizar ese destino

²⁴⁴ CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). *Derechos Reales*. Editorial Cultural Cuzco. Lima - Perú. Pág. 280-282.

económico directamente o por intermedio de representante, o cuando sólo ha perdido la posesión por causas estrictamente pasajeras.

El Código Civil peruano sigue adherido a la tesis objetiva de Ihering, pues se tiene como esencia lo previsto en el **Art. 904º** que a la letra dice: “Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”. El citado artículo se inspira en el **Art. 856º del Código Alemán** que establece que un mero impedimento pasajero por naturaleza en el ejercicio del poder de hecho, **no lleva consigo la pérdida de la posesión.**

Por consiguiente, del texto del **Art. 904º del Código Civil** se extrae, que para que se estime conservada la posesión deben concurrir los siguientes elementos:

- ❖ Que el ejercicio de la posesión se interrumpa.
- ❖ Que la interrupción obedezca a hechos de naturaleza pasajera.
- ❖ Que el poseedor conserve la voluntad posesoria.

D.2. LA EXTINCIÓN DE LA POSESIÓN.- Como se mencionó, la posesión es la relación de hecho y el sometimiento de la cosa a su destino económico. Por tanto, se extingue en cuanto desaparece el poder físico, voluntaria o involuntariamente.²⁴⁵

El **Art. 922º del Código Civil** establece que: La posesión se extingue por: Tradición, Abandono, Ejecución de Resolución Judicial y Destrucción Total o Pérdida del bien.²⁴⁶ Por su parte, el tratadista **Eugenio María Ramírez**

²⁴⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (1980). *De los Derechos Reales*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú. Pág. 797.

²⁴⁶ CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). *Derechos Reales*. Lima - Perú. Editorial Cultural Cuzco. Pág. 369-375.

manifiesta que la posesión se puede perder a través de las siguientes formas esenciales:

- **Pérdida de la posesión por el corpus.-** En este caso ya no se puede disponer físicamente del bien, pues al alterarse o destruirse la relación posesoria, la posesión queda extinguida.
- **La extinción del bien poseído se presenta en los siguientes casos:**
 - **Cuando el bien deja de existir materialmente.-** Cuando el objeto deja de existir, ya sea por muerte, por destrucción total o cuando hay transformación de una especie en otra.
 - **Cuando el bien deja de existir jurídicamente.-** Cuando el bien sufre un cambio que legalmente lo hace imposible por estar fuera del comercio.
- **Respecto a la desposesión** señala que ésta se produce por el hecho realizado por un tercero, es decir cuando el poseedor es desposeído por acto de un tercero.²⁴⁷

2.2.2. LA POSESIÓN PRECARIA

En principio, para hacer referencia a la posesión precaria es preciso dar algunos alcances acerca del “**poseedor precario**”. Sobre el particular, cabe señalar que el término “**precario**” ha ido evolucionando constantemente con el transcurso del tiempo.

Es así que, en el **Derecho Romano** la institución de precario tomó gran fuerza en la Edad Media y por su extendida aplicación se constituyó en la base del sistema feudal. En efecto, el señor feudal, tenía el señorío de las tierras por concesión de la corona.

²⁴⁷ MARÍA RAMÍREZ, Eugenio (1996). *Tratado de Derechos Reales*. Editorial Osbac. Lima - Perú. Pág. 652-653.

De tal modo que, aquel entregaba parcelas a campesinos por un tiempo indeterminado para que las cultivasen y aprovecharan a cambio de la prestación de servicios personales, convirtiéndose así en sus vasallos. Asimismo, en algún momento se quiso fijar plazo al aprovechamiento de tierras y fue entonces que se utilizó el término de “**precario**”.

En el **Derecho Germano** se estableció que la figura “**prestarium**”, derivada de la época romana, era el contrato innominado celebrado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente. Por lo tanto, “**precario, era aquella persona que ejercía la posesión de un determinado bien, pero bajo la gracia del propietario**”.²⁴⁸

En el **Derecho Canónico y el Fuero Juzgo** se reguló también los bienes de la iglesia católica, dado que ésta se hizo propietaria de una gran cantidad de bienes que no podía administrar, dándose varias figuras con la denominación común de **precarias**:

- ❖ Algunos bienes fueron afectados a favor de los laicos como reconocimiento a cierta liberalidad económica, lo que se denominó “**precarie oblata**”.
- ❖ Otros bienes fueron afectados a usos especiales de tipo eclesiástico, fundados en una especie de administración usufructuaria, concedida con el nombre de “**precarie**” a título individual, a favor de laicos así como a ciertos clérigos.

²⁴⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (1988). *Derechos Reales*. Editorial PUCP. Segunda Edición. Lima - Perú. Pág. 135.

- ❖ Otra figura estaba constituida por la donación de bienes hecha por un particular a un monasterio o a una iglesia y ésta se los devolvía en el acto, con frecuencia incrementados, para que los disfrute por un cierto plazo, por lo general tenían que pagar un canon anual (anata). El documento se denominaba “**carta precaria o predatoria**”.²⁴⁹

En ese orden de ideas, el **Art. 911º del Código Civil** señala que: “**La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido**”. Se trata de una posesión ilegítima; es decir aquella en la que presentan dos causas: la falta de título posesorio, ya sea porque no existió antes o porque el título legítimo que dio nacimiento a la posesión feneció, quedando el poseedor, sin título alguno que ampare su posesión.

De tal modo que, en el primer caso, se refiere al poseedor ilegítimo, de aquel que carece absolutamente de título, quien entró de hecho en la posesión o quien tiene un título nulo o ineficiente para la transmisión posesoria. En cambio, el segundo caso se presenta cuando el título del poseedor perdió su eficacia, por haberse extinguido sus efectos, pues se trata de quien entró como poseedor legítimo y se transforma en poseedor ilegítimo al haberse vencido el plazo o haberse cumplido la condición resolutoria.

Se puede señalar que el legislador del Código Civil ha diferenciado a la institución de la posesión ilegítima de la posesión precaria, es por ello que sostiene que en el primer caso existe un título que adolece de un defecto formal o de fondo, y en el segundo no existe título alguno, por lo tanto, la posesión ilegítima no puede equipararse con la posesión precaria.

En consecuencia, el poseedor precario por fenecimiento del título es necesariamente poseedor de mala fe, desde el momento en que se extinguió el título, toda vez que este poseedor sabe que ha expirado su título y que está poseyendo indebidamente.

²⁴⁹ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Ocupante Precario: Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú Pág. 34.

Con el Código Civil de 1984, desapareció la tácita reconducción por la permanencia del arrendatario y el pago de la renta. Sin embargo, el título podrá quedar fenecido en cuanto el arrendador reclame la posesión. De ser así, procederá la acción de desalojo, puesto que al fenecer el título, la posesión legítima se transforma en **posesión precaria**, es decir en posesión ilegítima.²⁵⁰

Por último, es preciso hacer referencia al concepto que nos brinda el magistrado **Obando Blanco** al señalar que la **posesión precaria** constituye una manifestación de la posesión sin derecho; es decir que es aquella posesión que se ejerce sin tener título alguno o cuando el que tenía ha fenecido.

Por ello, la precariedad debe entenderse como la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante. El demandado en este caso, deberá acreditar ejercer la posesión del inmueble con **justo título**; es decir justificar su posesión y presencia en el bien en virtud a un título.²⁵¹

2.2.3. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Inicialmente, es preciso brindar brevemente algunos alcances sobre el contrato en general y, para tal efecto, resulta relevante señalar que existe contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse las unas respecto de las otras.

Siendo ello así, el contrato contiene dos fases:

²⁵⁰ CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). *Derechos Reales*. Editorial Cultural Cuzco. Lima - Perú. Pág. 308-309.

²⁵¹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 21.

- **Fase de Preparación:** Consiste en un conjunto de actos referentes a concretar un consentimiento previo a la celebración del contrato entre las partes.
- **Fase de Perfección:** Es el momento en que coinciden los diferentes consentimientos que intervienen y obligan a las partes a cumplir lo que se establece en el contrato.

En ese orden de ideas, el contrato aparece por el consentimiento de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligación entre ellas, pues a través de él se realiza la función de intercambios de los bienes y servicios.

Por su parte, el **Manuel de la Puente y Lavalle** define al contrato como “el acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”²⁵².

A su vez, nuestro Código Civil define al contrato en el artículo 1351^o estableciendo que “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Entonces, para que haya un contrato tiene que haber un objeto cierto que sea materia de contrato. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere tanto al acto que los contratantes realizan (celebrar un contrato, acto jurídico) como al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce (cumplir el contrato, regla de conducta).

²⁵² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima - Perú. Pág. 41.

A. ANTECEDENTES DEL ARRENDAMIENTO

El Contrato de Arrendamiento siempre estuvo regulado en la legislación peruana. Ello es así, porque el arrendamiento es uno de los contratos más usuales en nuestro medio y el más antiguo a comparación de otros. El Proyecto de Código Civil de 1835 y 1836 elaborado por el **Dr. Manuel Lorenzo de Vidaurre**²⁵³, reguló al arrendamiento en el Título 19 en los Artículos 1º al 22º.

Por su parte, el **Código Civil de 1852** abordaba el tema en el Título III, entre los **Artículos 1540º al 1631º**, tratando sobre las obligaciones del locador, las obligaciones del conductor, los modos de rescindir y de acabar la locación y las mejoras. **El Código Civil de 1936** también regulaba el tema en el Título V, en sus **Artículos 1490º al 1546º**.

Actualmente, **el Código Civil de 1984** regula de manera autónoma al Contrato de Arrendamiento en el Libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda de los Contratos Nominados, Título VI, **artículos 1666º al 1712º**.

El Código Civil vigente le da un tratamiento distinto al que tenía en el Código Civil de 1936, empezando por su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los Contratos de Locación de Servicios y de Obra, así como la ampliación del ámbito de aplicación de dicho contrato al no limitarlo a la Cesión de Uso de cosas únicamente como se hacía en el Código Civil derogado.

El Código Civil de 1936, incluía en el contrato de arrendamiento la **locatio-conductio**, ya sea de una cosa, de un servicio o de una obra, siguiendo para tal efecto el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan ciertas diferencias trascendentales, motivo por el cual se justifica su tratamiento diferenciado.

²⁵³ Vidaurre, Manuel Lorenzo. 1773-1841. Derecho Civil. Siglos XIX-XX. Lima-Perú.

Al separar estas tres categorías no se hace otra cosa que, reconocer a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socio-económica, ya que no se pueden comparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio, que involucra la actividad humana, motivo por el cual las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

Es así que, el contenido de la obligación en el Contrato de Arrendamiento de un bien, la prestación, consiste en ceder el uso de ese bien; mientras que en los contratos de prestación de servicios y de obra se tiene como contenido de la obligación, la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre.

Se cambió la denominación de este contrato, ya que antes era denominado **“locación-conducción de cosas”** y pasó a ser designado como **“arrendamiento”**, siguiendo sin lugar a duda el modelo de los Códigos Civiles de Italia y Bolivia.²⁵⁴

Definitivamente, el Contrato de Arrendamiento es uno de los contratos que ocupa un lugar privilegiado dentro del Código Civil peruano de 1984, dado que después del contrato de compraventa, el arrendamiento es el contrato típico que recibe la regulación más extensa y detallada dentro de nuestro Código Civil vigente, el cual lo regula en el Título VI de la Sección Segunda, relativa a los Contratos Nominados, en sus **Artículos 1666º al 1712º**.

B. CONCEPTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

En principio, podemos señalar el arrendamiento es un contrato de gran importancia y los problemas derivados de esa relación contractual son también muy frecuentes. Al respecto, algunos autores indican que existe contrato de

²⁵⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos: Mutuo-Arrendamiento*. Fondo Editorial. PUCP. Lima - Perú. Pág. 235-238.

arrendamiento cuando una persona-arrendador - se obliga a entregar el uso de un bien durante un cierto tiempo a otra persona-arrendatario - quien a su vez se obliga a pagar un precio en dinero.

Otros manifiestan que el contrato de arrendamiento es el convenio entre el arrendador, que cede temporalmente el uso de un bien al arrendatario quien debe pagar la renta pactada entre ambos.²⁵⁵

En ese sentido, **Jorge Alberto Beltrán Pacheco** señala que el contrato de arrendamiento es aquel contrato típico y nominado, en virtud del cual un sujeto denominado “arrendador” cede en uso un bien (mueble o inmueble) a un sujeto llamado “arrendatario”, quien pagará por ello una renta (no necesariamente en dinero).²⁵⁶ Nuestro Código Civil en su **Art. 1666º** prescribe que: **“Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”**.

Según **Max Arias Schreiber**, se pueden extraer determinados elementos del Contrato de Arrendamiento, en virtud a la definición establecida en el Código Civil mediante el **Art. 1666º**:

- ❖ La obligación del arrendador de ceder temporalmente al arrendatario, el uso del bien.
- ❖ La obligación del arrendatario de dar por el uso del bien, una cierta renta convenida.
- ❖ La cesión temporal del uso del bien.
- ❖ El bien.²⁵⁷

²⁵⁵ DONGO DENEGRÍ, Luis (1994). *El Arrendamiento Urbano*. Editorial Marsol S.A. Lima - Perú. Pág. 45.

²⁵⁶ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto (2003). Citado por la Gaceta Jurídica en su publicación de Cuadernos Jurisprudenciales. *Contrato de Arrendamiento*. Lima - Perú. Pág. 399.

²⁵⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max (1988). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Editorial San Jerónimo. Tomo II. Lima - Perú. Pág. 393.

Sin embargo, otros tratadistas como **Dongo Denegri, Miranda Canales** han considerado que en virtud del concepto establecido en el Código Civil (**Art. 1666º**), se pueden establecer elementos esenciales del Contrato de Arrendamiento:

- ❖ Los sujetos (**arrendador y arrendatario**). El propietario es quien da en arrendamiento un bien que se encuentra bajo su dominio o posesión.
- ❖ También pueden celebrar un contrato de arrendamiento los apoderados suficientes, los albaceas testamentarios, los administradores nombrados formalmente, los condóminos, si todos están de acuerdo. Asimismo, puede dar en arriendo el arrendatario, si es que expresamente ha sido facultado para sub-arrendar.
- ❖ El precio, denominado en nuestro Código Civil como “**renta**”, llamada también merced conductiva, canon o alquiler.
- ❖ El objeto, que es la cesión del uso temporal del bien.²⁵⁸
- ❖ El bien que se puede dar en arrendamiento son los inmuebles que pueden ser utilizados como vivienda, oficina o depósito; también se pueden ceder en arrendamiento bienes muebles, mediante un contrato complementario, porque deben encontrarse dentro de un inmueble para ser utilizados como tales.²⁵⁹

Asimismo, el Contrato de Arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada. En caso las partes estipulen el plazo determinado éste no puede exceder de 10 años y si el bien arrendado pertenece a entidades

²⁵⁸ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 371-372.

²⁵⁹ DONGO DENEGRÍ, Luis (1994). *El Arrendamiento Urbano*. Editorial Marsol S.A. Lima - Perú. Pág. 45.

públicas o incapaces el plazo no puede ser mayor de 6 años (**Art. 1688º del Código Civil**).

Revisando la legislación comparada, es preciso mencionar que el español **Valpuesta Fernández** manifiesta que: “el arrendamiento de vivienda es aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial es satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”.²⁶⁰

De manera que, el arrendamiento está constituido por la prestación consistente en ceder el uso de un bien y, como contraprestación, el pago de cierta renta convenida. Por consiguiente, al iniciarse una demanda de desalojo por cualquier causal relativa al contrato de arrendamiento y aún cuando el demandado se encuentre en uso del bien, debe cumplir con su contraprestación o en todo caso, consignar la renta a efectos de exigir el recibo con las formalidades tributarias.²⁶¹

C. SIMILITUD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OTRAS FIGURAS

• CON EL USUFRUCTO

En ambos, usufructuario y arrendatario tienen el goce de la cosa, pero el usufructo constituye un derecho real de goce y el arrendamiento un derecho personal de goce. Por otra parte, el usufructo puede tener su origen de muchas formas y no sólo de la voluntad de las partes (testamento, prescripción, sentencia judicial, la ley). En cambio, el arrendamiento sólo tiene su origen en la voluntad común de las partes que lo acuerdan.

²⁶⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1995). *Contratos de Uso y Disfrute*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España. Pág. 640-641.

²⁶¹ FRANCISKOVIC IGUNZA, Militza y Beatriz Franciskovic Igunza (2001). *Código Civil - Sumillado - Concordado con Jurisprudencia e Índice Analítico*. Editorial Gráficas Horizonte. Lima - Perú. Pág. 367-372.

- **CON EL COMODATO**

En ambos casos, el arrendatario y comodatario tienen el uso y goce y, por ende, ambos constituyen derechos personales. Asimismo, se diferencia porque el comodato es esencialmente gratuito, es unilateral y es un contrato real (se perfecciona por la entrega de la cosa) y el arrendamiento es oneroso, bilateral y consensual.

- **CON LA COMPRAVENTA**

Ambos, arrendador y vendedor están obligados a entregar la cosa (son contratos consensuales), están obligados a pagar el precio, el arrendatario y comprador, y ambos contratos son bilaterales, consensuales, onerosos, conmutativos, principales y nominados. Sin embargo, la compraventa constituye un título traslativo de dominio (transforma al comprador en dueño o al menos en poseedor) y el arrendamiento constituye un título de mera tenencia.

El arrendamiento, después de la compraventa es el segundo contrato de importancia práctica, pues existe un interés social comprometido y por ello se ha dado la figura del dirigismo contractual en el arrendamiento.

- **CON EL MANDATO**

Puede existir similitud entre el mandato y el arrendamiento de servicios inmateriales. Es más, existen normas comunes que se le aplican a ambos contratos, pero la diferencia está dada principalmente en el objeto de uno y otro, porque el mandato recae sobre la realización de actos jurídicos y puede envolver la noción de representación. En cambio, el arrendamiento de servicios

inmateriales no tiene relación con los actos jurídicos y nada tiene que ver con la representación.²⁶²

- **CON EL CONTRATO DE SHOPPING CENTER O CONTRATO ASOCIATIVO O DE SOCIEDAD**

Porque el objeto principal de este tipo de contratos se basa en la entrega por parte del promotor-arrendador de la tenencia de un espacio o local para su explotación comercial por un comerciante-arrendatario, a cambio del pago de una renta. Para algunos autores, la figura del arrendamiento no resulta tan obvia, debido a que la relación es mucho más amplia y compleja.

Si analizamos lo que contiene un Contrato de Arrendamiento de un espacio o local comercial dentro de un shopping center veremos que incluye las cláusulas usuales de un Contrato de Arrendamiento, pero contiene también entre otras:

- a. La obligación del arrendatario de someterse a un Reglamento de Operaciones y Seguridad, que entre otros dispone la obligación del arrendatario a cumplir con determinados horarios de funcionamiento y atención todos los días del año.
- b. Horarios y áreas de circulación restringidas para el manejo de proveedores y reposición de mercaderías. Derechos del arrendador para ampliar y remodelar los espacios locales.
- c. Obligación del arrendador de proveer servicios de limpieza, iluminación, seguridad.
- d. Participación del arrendatario en gastos de promoción y publicidad.
- e. Obligación de participación en campañas de descuento.

Todos estos elementos, que podemos considerarlos como complementarios al Contrato de Arrendamiento, hacen que para muchos autores estemos frente a un Contrato Asociativo o de Sociedad. Sin embargo, esta posición recibe

²⁶² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991). *El Contrato en General*. Vol. XI. 1ra. Parte - Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú. Pág. 250.

muchas críticas porque no existe la denominada “affectio societatis” sobre la que se funda un Contrato Social, además de no haber participación en las pérdidas del negocio, sólo en las utilidades a través de los denominados esquemas de renta fija-variable.

Parte de la doctrina legal reconoce en esta figura una red de contratos conexos o coligados que van más allá de la estructura del contrato nominado de arrendamiento de un espacio o local comercial.

En términos generales, estamos frente a un contrato atípico que por su complejidad podría requerir de una regulación especial. Adicional a las características mencionadas en párrafos anteriores, encontramos otros elementos de atipicidad del contrato:

- ❖ La renta se establece como una combinación entre renta fija (mínima) y renta variable referida a un porcentaje de las ventas.
- ❖ Fiscalización de ventas con acceso a la contabilidad y facturación por el arrendador.
- ❖ Pago de derecho por integración al shopping (derecho de llave) e incluso otros pagos o préstamos para utilizarse en la construcción – ampliación del mall.
- ❖ Regulaciones a la decoración de vitrinas.
- ❖ Aportes a fondo de promoción y publicidad con algunos topes y derecho de fiscalización de los arrendatarios.
- ❖ Capacitaciones diversas a los arrendatarios operadores, a fin de mejorar sus niveles de ventas.

- ❖ Limitaciones al giro de los negocios por implementarse en el espacio.²⁶³

D. LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

En principio, la autonomía privada consiste en que cada persona desarrolle su correspondiente libertad, según su propia voluntad, en sus relaciones jurídicas privadas. Por lo tanto, lo que debe primar es la autonomía misma mas no la voluntad de decisión ajena.²⁶⁴

Es el ordenamiento jurídico el que le otorga al sujeto de derecho la capacidad necesaria para que pueda celebrar actos jurídicos, cuyos efectos a surtir son totalmente válidos, siempre y cuando no medie ningún defecto o vicio insubsanable.

Para tal efecto, el ordenamiento jurídico le brinda al sujeto de derecho dos libertades: **La libertad de vinculación y la libertad de auto regulación**, no obstante a ello, es preciso señalar que ambas libertades deben ser ejercidas por el sujeto dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, no debiendo existir restricción alguna que elimine o anule el ejercicio de ambas.

Para mejor ilustración, se debe entender a la **libertad de vinculación** como aquella que ayuda al sujeto de derecho a determinar si se relaciona con otro para la celebración del acto jurídico respectivo, a este tipo de libertad se le conoce en el ámbito contractual como “**libertad para contratar**”.

Por otra parte, **la libertad de auto regulación** establece que, una vez concretada la relación jurídica entre uno y otro sujeto de derecho, se pueden determinar los parámetros que orientan el desarrollo de la misma, obviamente

²⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis (2003). Citado en el Diario Oficial El Peruano (06/04/05). *Contratos: Parte Especial*. Tomo I. Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe - Argentina.

²⁶⁴ MÉDICUS, Dieter (1995). *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona - España. Pág. 35.

que para el ejercicio de esta libertad se debe considerar la naturaleza jurídica del acto celebrado.

Cabe mencionar que según **Manuel de la Puente y Lavallo** “la autonomía de la voluntad, en materia contractual, es entendida como aquel poder que le es reconocido a las personas para poder crear, de acuerdo con otra persona, obligaciones a cargo de ambas o de una de ellas.

De manera que, la autonomía de la voluntad constituye el poder que da origen al acuerdo entre dos o más personas; debiendo existir por un lado, la libertad para llegar a este acuerdo y por otro, libertad para establecer las obligaciones futuras que van a surgir de este acuerdo”.²⁶⁵

Siguiendo ese orden de ideas, en materia contractual, la autonomía privada se expresa en la “**libertad de contratación**”, la cual consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento jurídico a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. Y, es de esta manera que el Derecho le otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y a las personas con quienes se vinculará.²⁶⁶

Finalmente, es preciso mencionar que un contrato presupone la existencia de la “**libertad de contratación**”, la cual a su vez, está compuesta por otras dos libertades:

- a. **La Libertad de Contratar.-** Denominada también como “**libertad de conclusión**”. Viene a ser la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, tiene también la potestad de decidir con quién contrata.

²⁶⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLO, Manuel (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Editorial Cuzco. Lima - Perú. Pág. 52.

²⁶⁶ CÓDIGO CIVIL COMENTADO (2004). Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima - Perú. Pág. 46-47.

b. **La Libertad Contractual.**- Conocida también como “**libertad de configuración**”. Se encuentra referida a la facultad de determinar el contenido del contrato, esto se compone a su vez de las siguientes facultades:

- Libertad para decidir el tipo de contrato.
- Libertad para decidir la forma del contrato.
- Libertad para determinar el objeto del contrato; vale decir el conjunto de obligaciones que deberán asumir las partes contratantes.
- Libertad para decidir la jurisdicción en la que eventualmente se resolverán los conflictos generados por la ejecución e interposición del contrato (jurisdicción arbitral).²⁶⁷

E. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

- **Es Individual.**- Porque vincula personas ya sean naturales o jurídicas, pues éstas manifiestan expresamente su voluntad y, por tanto, se obligan mutuamente.
- **Es Principal.**- Porque no depende de otro contrato, constituyendo por ello, un contrato autónomo. Sin embargo, pueden haber convenciones accesorias como las **cláusulas de arrendamiento-venta o subarrendamiento**, pero estas cláusulas son independientes.
- **Es Temporal.**- Porque se entrega el bien por cierto tiempo, no en forma indefinida. Esta característica es la que distingue al arrendamiento de otros tipos de contrato, pues supone que el arrendatario sólo disfruta del

²⁶⁷ GARCÍA AMIGO, Manuel (1995). *Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Lecciones de Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Mc Graw-Hill. Madrid - España. Pág. 132.

uso, hace suyo los frutos y posee el bien mueble o inmueble durante un tiempo determinado.²⁶⁸

- **Es de Prestaciones Recíprocas.-** Porque en este tipo de contratos ambas partes (arrendatario y arrendador) son al mismo tiempo acreedor y deudor de la otra. El arrendador es acreedor de la renta convenida por el bien y a su vez deudor del bien materia del arrendamiento. Y, el arrendatario es acreedor del bien que se da en arrendamiento y deudor del pago de la renta convenida.

Así, **Maguiña Cueva** establece que esta característica implica un doble juego de obligaciones y derechos, tanto del arrendador como del arrendatario. El arrendador tiene la obligación principal de mantener al arrendatario en el uso y goce del bien arrendado y el derecho de percibir la renta convenida. En cambio, el arrendatario, tiene la obligación de pagar la renta en los períodos convenidos y el derecho de usar y ocupar el bien.²⁶⁹

- **Es Oneroso.-** En virtud de las contraprestaciones que proporcionan ambas partes, las cuales guardan determinadas equivalencias. En este caso, el arrendador acuerda con el arrendatario el uso del bien arrendado, a cambio que este último pague a su vez el precio convenido; recíprocamente el arrendatario lo paga para obtener el uso de dicho bien.
- **Es Consensual.-** Porque este contrato se concluye con el mero consentimiento. Asimismo, las obligaciones que nacen del contrato no dependen de la observancia de formalidad alguna, ni de la entrega del bien. La tradición del bien arrendado constituye la ejecución de las prestaciones derivadas de la obligación surgida del contrato. En ese

²⁶⁸ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 373-382.

²⁶⁹ MAGUIÑA CUEVA, Víctor (1985). *El Contrato de Arrendamiento. Manual del Nuevo Código Civil*. Lima - Perú. Pág. 9.

sentido, si el contrato celebrado por las partes constituye un contrato de arrendamiento, siendo uno de sus caracteres la consensualidad, para su perfeccionamiento, las partes pueden adoptar cualquier formalidad, ya que se trata de un contrato con libertad de forma (**ART. 1411º del Código Civil**).

- **Es Conmutativo.-** Puesto que las ventajas que se deriven del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes son ciertas y de apreciación inmediata.
- **Es de Tracto Sucesivo.-** Porque su cumplimiento se prolonga necesariamente en el tiempo, de manera que la obligación de pagar el precio se debe cumplir por períodos determinados.²⁷⁰

F. OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Puede ser objeto de la prestación de la obligación que surge del contrato de arrendamiento, los bienes inmuebles no fungibles, así como también los bienes muebles no fungibles; los bienes fungibles no lo pueden ser, puesto que al ser intercambiables por otras de su misma especie, el objeto del arrendamiento, cuyo uso concede el arrendador al arrendatario, puede no ser el mismo que aquél que le sea restituido por el arrendatario al término del contrato.

Así, **Max Arias-Schreiber** por su parte, manifiesta que pueden ser objeto de la prestación que asume el arrendador, toda clase de bienes. Sin embargo, la única limitación que existe y que es inherente a la naturaleza jurídica del arrendamiento es la que concierne al consumo del bien.

En efecto, como el arrendamiento es un contrato de duración (tracto sucesivo) existe un inevitable deber de conservación y el bien que es materia de la

²⁷⁰ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 372.

prestación no puede ser sustancialmente alterado y debe ser devuelto, sin otra modificación que la derivada de su natural desgaste, al término del contrato.

No obstante, si esta obligación no puede quedar satisfecha por haberse consumido el bien estaríamos en presencia de un contrato distinto, y generalmente se trataría de una compraventa o de un mutuo en especie.²⁷¹

G. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. **Consentimiento:** Un contrato de arrendamiento que se encuentra regularmente concluido presupone el consentimiento de ambas partes. De tal manera que, el consentimiento es uno de los elementos más esenciales e indispensables en este tipo de contrato.²⁷² En este contrato, dicho consentimiento se rige por las disposiciones generales aplicables a todos los contratos (**ARTS. 1373º al 1389º del Código Civil**). El consentimiento debe recaer sobre lo siguiente:
 - **Bien objeto del contrato:** El contrato que no expresa el bien que se arrienda es nulo por falta de objeto. De igual manera, es nulo si existe desconocimiento entre las partes de dicho objeto. Por ejemplo, no habrá contrato de arrendamiento si una de las partes entiende arrendar un departamento y la otra parte, otro departamento del mismo edificio.
 - **Precio:** No habrá arrendamiento por ejemplo si el arrendador entiende arrendar por un precio y el arrendatario por otro inferior; la forma de pago será la que se acuerde entre ambas partes. Generalmente, dicho pago se efectúa en cuotas periódicas que pueden ser semanales, quincenales, mensuales, semestrales, etc.; pudiendo también acordarse el pago único por adelantado o al vencimiento del contrato. Es preciso

²⁷¹ ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max (2000). *Exégesis: Contratos Nominados - Arrendamiento*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima - Perú. Pág. 317.

²⁷² ALTERINI, Atilio Aníbal y Otros (1993). *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires - Argentina. Pág. 659-660.

mencionar que, el precio constituye la contraprestación que le es debida al arrendador por el uso del bien, es por ello que constituye un elemento esencial del contrato.

- **Naturaleza del contrato:** No habrá arrendamiento si el arrendador entiende conferir el uso del bien mediante el pago de un precio y el arrendatario entiende recibirlo gratuitamente, ya que en este caso no habrá consentimiento sino un simple disenso entre las partes.

2. **Duración (Plazo) del Contrato:** Sobre el particular, se puede mencionar que el Contrato de Arrendamiento no puede ni es perpetuo en el tiempo, dado que las partes pactan su vigencia, a efectos de que se cumpla con su naturaleza y las consecuentes prestaciones que se derivan del mismo.

Según, **Jorge Alberto Beltrán Pacheco**,²⁷³ el plazo es un elemento muy relevante dentro del Contrato de Arrendamiento, pues va a determinar el momento en el que éste deba concluir, y consecuencia de ello, va a surgir el deber del arrendatario de restituir el bien materia del contrato. En ese sentido, dependerá de la voluntad de las partes contratantes, establecer el momento en el que se dará por concluido el Contrato de Arrendamiento.

De manera que, no habrá contrato de arrendamiento si el arrendador entiende arrendar por un plazo determinado y el arrendatario por un plazo diferente, sea éste mayor o menor. Como se mencionó anteriormente, el contrato de arrendamiento puede ser de duración determinada e indeterminada (**ART. 1687º del Código Civil**).

Si es de duración determinada, el plazo no puede exceder de diez años, y cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entienden reducidos a dichos plazos (**ART. 1688º del Código Civil**).

²⁷³ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto (2001). Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima - Perú.

Por el contrario, si el plazo del contrato de arrendamiento es de duración indeterminada, el plazo se reputa por meses y otro período, según se pague la renta (**ART. 1690º del Código Civil**). En este caso, el arrendador puede darle fin en el momento que desee con aviso judicial o extrajudicial al otro contrato.

Si no existe acuerdo expreso sobre el plazo, se presume que el arrendamiento es de duración determinada, cuando tenga una finalidad específica y si se trata de predios ubicados en lugares de temporada (**ART. 1689º del Código Civil**).

La legislación española por su parte, establece que la duración inicial del contrato será la que libremente se pacte. No obstante, en los contratos de duración inferior a cinco años el arrendatario tendrá derecho a prorrogar anualmente el contrato hasta que se cumplan los cinco años, pudiendo desistir de la prórroga, para lo cual deberá notificarlo con al menos un mes de antelación.

Entonces, siendo ello así, no podrá ejercerse el derecho de prórroga en aquellos casos en los que el arrendador necesite ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí, siempre que esta necesidad haya sido conocida al tiempo de la celebración del contrato y conste expresamente en él, debiendo el arrendador ocupar la vivienda en el plazo de 3 meses desde la extinción del contrato. Ahora bien, los contratos de plazo indeterminado o en los que no se establezca plazo, se consideran celebrados por un año y también se aplican las prórrogas anuales hasta los cinco años.

Cuando transcurrido un mínimo de cinco años, a la fecha de vencimiento ninguna de las partes notifica a la otra, con un mes de antelación, su voluntad de no renovar el contrato, éste se continuará prorrogando por plazos anuales hasta un máximo de tres años, siendo el arrendatario el único que puede desistir de la prórroga con un mes de antelación a la fecha de término de cada plazo anual.

Por consiguiente, en los contratos de plazo superior a cinco años el arrendatario sólo podrá desistir del contrato siempre que hubiere durado como mínimo cinco años y dé un preaviso de dos meses de antelación.²⁷⁴

Por su parte, el **Dr. Jhack Bigio Chrem**, menciona que “Si se tiene en cuenta que el arrendamiento no confiere al arrendatario un derecho con efectos similares a un derecho real, el adquirente no está obligado a respetar el contrato y puede válidamente darlo por concluido a través de un “**aviso judicial o extrajudicial**”.

En cuanto al **aviso extrajudicial**, es preciso señalar que, si bien nuestro ordenamiento jurídico no establece una forma específica para realizarlo, es recomendable que éste se realice por escrito y bajo cargo o a través de una carta notarial, a efectos de tener mayor seguridad jurídica.²⁷⁵

Sobre el **aviso judicial** es pertinente señalar que de acuerdo a lo previsto en el **Art. 1703º** del Código Civil, aparentemente la finalización del Contrato de Arrendamiento tendría que efectuarse mediante una demanda de desalojo u otro similar. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la demanda de desalojo no puede constituir bajo ninguna razón, un aviso judicial, dado que esta demanda implica de por sí la acción que ejercita la persona afectada (demandante), es decir que por intermedio de una demanda se recurre al órgano jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva, a fin de solucionar un conflicto de intereses.

No obstante a ello, es necesario tener presente que la pretensión de desalojo implica el desarrollo de un proceso sumarísimo, el mismo que culminará con el “lanzamiento” de la persona (s) que se encuentra en posesión del inmueble materia de litis.

²⁷⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1995). *Contratos de Uso y Disfrute*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España. Pág. 644-646.

²⁷⁵ BIGIO CHREM, Jhack (1994). *El Contrato de Arrendamiento*. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Pág. 155.

Consecuentemente, cuando se notifica con la demanda de desalojo al arrendatario, no significa que se le está poniendo en aviso que el Contrato de Arrendamiento ha finalizado, sino, se le está comunicando que existe una acción ejercitada por el arrendador (demanda de desalojo), con la única finalidad de obtener la desocupación d el inmueble.

H. MODALIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

- **Condición.-** Puede estar sujeta a condiciones **resolutorias**, así podemos mencionar el arrendamiento de una casa, cuyo contrato incurre en una causal de resolución de contrato. En ese caso, se procede a interponer una demanda de desalojo y, por tanto, se desaloja al actual arrendatario que ocupa el bien o, **suspensivas** cuando, se condiciona a que el arrendatario contraiga matrimonio.
- **Plazo.-** Al respecto, cabe mencionar que el contrato de arrendamiento puede estar sometido a plazo extintivo. Este plazo no solo es posible sino también necesario, ya que no puede haber un contrato de arrendamiento perpetuo.

A su vez, el plazo extintivo puede ser cierto o incierto, como por ejemplo, el contrato de arrendamiento que se pacta hasta el levantamiento de una cosecha. Asimismo, este contrato puede estar sujeto a plazo suspensivo, por ejemplo cuando se estipula que dicho contrato rige a partir de una fecha determinada.

I. CAPACIDAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

En principio, es pertinente señalar que el arrendamiento constituye un simple acto de administración, tanto para el arrendador como para el arrendatario. De esta manera, el arrendador se desprende del uso del bien arrendado y al no haber acto alguno de enajenación del bien, como en la compraventa, el

arrendatario no adquiere derecho real alguno sobre el bien, sino sólo un derecho personal.²⁷⁶

Por ello, tanto el arrendador como el arrendatario deben tener capacidad plena para celebrar contratos o practicar actos jurídicos, con las condiciones de validez a los que se refiere el **Art. 140º del Código Civil** vigente; es decir que deben tener la capacidad de ejercicio establecida en el **Art. 42º del citado Código**.

Como se mencionó, para celebrar el contrato de arrendamiento se requiere tener capacidad plena, así lo Hace mención el **Art. 1667º del Código Civil** que a la letra dice: **“Puede dar en arrendamiento el que tenga esta Facultad respecto de los bienes que administra”**.

Como se puede apreciar, la ley establece que pueden dar en arrendamiento, aquellos que tengan libre disposición de sus bienes; es decir, el propietario, el administrador y el mandatario, que tengan la facultad de administración.²⁷⁷

Entonces, es necesario que ambas partes, tanto arrendador como arrendatario tengan capacidad suficiente para celebrar el contrato de arrendamiento. Para ello, se requieren los siguientes elementos:

- a. **CAPACIDAD DE HECHO.-** El **ART. 1667º** del Código Civil establece que: “Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto a los bienes que administra”. De lo previsto en este artículo se puede inferir que no pueden contratar como arrendadores ni como arrendatarios:

²⁷⁶ PALACIOS GARCÍA, Luis (1992). *Arrendamiento, Comodato y Desalojo*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú.

²⁷⁷ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 377.

- Los menores de edad, dementes, sordomudos que no pueden expresarse de manera indubitable (por escrito). Al ser incapaces absolutos no tienen capacidad para celebrar con+
- tratos de arrendamiento, ni como arrendatarios ni como arrendadores; ya sean de bienes muebles como de bienes inmuebles (**Art. 43º, incs. 1, 2 y 3 del Código Civil**).
- Los administradores, los bienes que administran (**ART. 1668º, inc.1 del Código Civil**). Así tenemos:
 - **Padres:** Pueden arrendar por sus hijos menores con autorización judicial, cuando el arrendamiento es por un plazo mayor de tres años (**ART. 448º del Código Civil**).
 - **Tutores y curadores:** También requieren ser autorizados judicialmente para arrendar los bienes del menor por más de tres años (**ART. 538º del Código Civil**).
 - **Mandatarios:** Para dar en arrendamiento los inmuebles que tienen a su cargo requieren de un poder general (**ART. 155º del Código Civil**), puesto que el contrato de arrendamiento es un típico acto de administración.

Esta prohibición resulta de gran importancia, debido a que la ley busca proteger al propietario de los bienes, por cuanto un administrador, aún actuando de buena fe, puede estar inducido a tomar en arrendamiento los bienes que administra, así sea con cierta parcialidad. Es el caso de los administradores de bienes de sujetos declarados ausentes o administradores de menores respecto de sus bienes que no pueden disfrutar en todos sus alcances, tal y como se ha venido explicando sucintamente en los párrafos anteriores.²⁷⁸

²⁷⁸ MUÑIZ ZICHES, Jorge (1995). *Comentarios al Arrendamiento*. Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Editorial Occurra. Lima - Perú. Pág. 345.

- b. **CAPACIDAD DE DERECHO.-** Según lo previsto por el **ART. 1668º del Código Civil** no puede tomar en arrendamiento: el administrador, los bienes que administra, y aquél que por ley está impedido, es decir, los que están privados de ser adjudicatarios de ciertos bienes, no pueden ser arrendatarios de ellos, ni con autorización judicial.

El fundamento de esta prohibición, radica en el hecho de evitar toda colisión de intereses entre el arrendador y sus administradores. La ley prohíbe al padre, tutor, albacea, tomar en arrendamiento los bienes de sus representados. Por consiguiente, son incapaces de derecho:

- ❖ Los padres respecto de los bienes de sus hijos menores que se hayan bajo su patria potestad.
- ❖ Los tutores y curadores respecto de los bienes de sus pupilos o curados, ni aún con autorización judicial (**ART. 558º - 602º del Código Civil**).
- ❖ Los funcionarios y empleados públicos, respecto de los bienes que tienen bajo su administración o cuidado (**ART. 1366º, inc.3 del Código Civil**).
- ❖ Los mandatarios, albaceas, síndicos o liquidadores, administradores de bienes en general respecto de los bienes que están bajo su administración (**ART. 1366º, inc.7 del Código Civil**).
- ❖ Los jueces y demás funcionarios de la administración judicial, respecto de los bienes en litigio ante el tribunal en el que ejercen o hubiesen ejercido sus funciones (**ART.1366º incs. 1 y 4 del Código Civil**).

De lo establecido en los párrafos anteriores, es preciso mencionar que la mujer casada puede dar en arrendamiento sus “**bienes propios**”, pero no tiene facultad para hacer lo mismo respecto de los bienes comunes, pues para ello se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, a tenor del **Artículo 315º**

del Código Civil que a la letra dice: “**Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer**”. Sin embargo, uno de los cónyuges asume la representación y la dirección de la sociedad, en los siguientes casos previstos en el **Art. 294º del Código Civil**:

- Cuando el marido está impedido de ejercerla por encontrarse sujeto a curatela.
- Cuando se ignora su paradero o se encuentra en un lugar remoto, sin tener apoderado.
- Cuando el otro ha abandonado el hogar.

También, vale señalar sobre el particular lo que establece el **Art. 1669º del Código Civil**, cuando dice que el condómino no puede arrendar la parte que le corresponde, porque éste tiene una cuota ideal, no concretada en parte física alguna, salvo que los demás condóminos lo ratifiquen expresa o tácitamente.

J. PREFERENCIA EN EL ARRENDAMIENTO

Pongámonos en el caso de un propietario que arrienda un mismo inmueble a distintas personas, ello ocasionaría una confusión de derechos; problema que se puede resolver tomando en cuenta el siguiente orden de preferencia:

- **Inscripción en el Registro de Propiedad**, viene a ser la cúspide de la preferencia, pues el que ha inscrito el contrato en el Registro de Propiedad Inmueble, cualquiera que sea el tiempo del contrato, debido a que si bien el arrendamiento no es solemne; la práctica obliga hacer el contrato por escritura pública e inscribirlo en el Registro respectivo.
- **El que se encuentra en posesión del bien**, pues ello constituye el vínculo de la persona con el bien por el sólo hecho de tenerlo en posesión. Por lo tanto, el que posee ha ganado mucho y tiene preferencia sobre el que tiene la escritura pública no inscrita. Cabe agregar que, la posesión de un bien inmueble está en el segundo lugar; pero en bienes muebles, es la primera de la preferencia.

- **El que porta documento de fecha cierta o de fecha anterior**, está en el último grado de preferencia y se presenta en situaciones en las que no hay inscripción ni posesión alguna, dándole de ese modo preferencia al arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste en documento de fecha cierta, todo lo mencionado de conformidad al **Art. 1670º del Código Civil.**²⁷⁹

K. CONDICIÓN DE ARRENDATARIO Y ARRENDADOR

Para establecer quiénes pueden ser arrendatarios, cabe señalar que para invertir tal carácter no es necesario ser propietario del inmueble. Ello se debe a que el objeto del contrato de arrendamiento no es la propiedad sino el simple uso del inmueble. Basta que una persona resulte arrendadora para que esté habilitada a reclamar la restitución del inmueble.

Al respecto, el carácter de arrendador puede no coincidir con el de propietario; por lo tanto, reconocida por el demandado la relación de arrendamiento, no obsta a la legitimación del actor la carencia de la titularidad del dominio. En función a ello, puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra (**ART. 1667º del Código Civil**).

M. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR (ART.1678º-1680º C.C)

> **Entrega del bien.-** Según dispone el **ART. 1678º del Código Civil**, el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien objeto del contrato con todos los accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos por ambos. De no indicarse en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, ésta debe

²⁷⁹ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 378.

realizarse inmediatamente donde se celebró salvo que por costumbre deba ejecutarse en otro lugar o época.

En cuanto a la entrega de los accesorios, dicha pauta tiene como precedente lo establecido a su vez en el **ART.1134º, 2do. Párrafo del Código Civil**, ya que la obligación de dar bienes ciertos comprende asimismo todos los accesorios de éstos. En consecuencia, el arrendatario podrá pedir la resolución del contrato siempre y cuando los accesorios faltantes obstaculicen o imposibiliten la finalidad tenida a la vista al contratar o le causen grave perjuicio. Puesto que, el objetivo tenido en cuenta al celebrar el contrato fue el transmitir el uso del bien, es por ello que el arrendador debe realizar dicha entrega en buen estado de conservación.

La entrega del inmueble constituye el cumplimiento del deber jurídico primario que corresponde al propietario. Sin embargo, ello no basta pues debe ser hecha de acuerdo con las obligaciones pactadas y en el tiempo convenido entre las partes. Así, frente al incumplimiento del arrendador de la obligación esencial de entregar el bien de tal manera que permita su uso, nace el derecho del arrendatario a exigir el cumplimiento u optar por la resolución conforme lo previsto en el **Art. 1697º del Código Civil**.

> Mantenimiento del bien en buen estado.- El arrendador después de la entrega del bien lo debe conservar en buen estado, para que; este sirva al uso para el cual se le contrató. Esta obligación le corresponde al arrendador quien deberá hacer las reparaciones pertinentes según el deterioro del bien, salvo pacto distinto (**Art. 1680º del Código Civil**). Al respecto es preciso señalar que las reparaciones se dividen en dos grandes grupos:

- Las reparaciones importantes o extraordinarias corresponden al arrendador.
- Las reparaciones ordinarias son aquellas que deben ser afrontadas por el arrendatario.

> **Obligación de garantía.-** El arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el uso del bien por todo el tiempo del arrendamiento, haciendo todos los actos necesarios a su objeto, por ello debe abstenerse de impedir, aminorar o crear obstáculos al goce del arrendatario.

En este sentido, tenemos por ejemplo la falta de cumplimiento de la prestación de servicio de agua por culpa del arrendador, el arrendatario puede pedir la resolución del contrato o la reducción del monto de los arriendos, y en ambos casos una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido.²⁸⁰

> **Evitar las Turbaciones de terceros.-** Estas perturbaciones pueden resultar de vías de hechos atribuidos a estos terceros, o también a pretensiones sobre el derecho que sobre el bien le compete al arrendatario. Así tenemos:

- **Turbaciones de Hecho.-** Se presenta cuando el arrendatario que se encuentra en normal uso del bien arrendado es perturbado por terceros. En estos casos, el arrendador está en la obligación de defenderlo y según sea el caso, a indemnizarlo por estas perturbaciones que emanan de terceros.
- **Turbaciones de derecho.-** Son aquellas acciones de terceros por medio de las cuales éstos pretenden un derecho sobre el bien que obstaculizan el pleno uso que le compete al arrendatario, como un reclamo de derechos de posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación.

> **Mejoras.-** Las mejoras pueden ser realizadas por el arrendatario con autorización del arrendador pero encuadradas dentro de determinadas circunstancias.

²⁸⁰ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 390-391.

El arrendatario podrá realizar todas aquellas mejoras que fueran para su utilidad y comodidad, siempre que no se altere la forma, el destino del bien o resultaran nocivas, y cuente con el consentimiento escrito del arrendador.

En síntesis, la facultad que tiene el arrendatario, sin alterar la forma, es hacer todas las mejoras que estime pertinentes sobre el bien arrendado durante el tiempo que dure el contrato. Al respecto, es preciso establecer que en todo contrato de arrendamiento debe existir un sistema de realización de mejoras, para evitar que el arrendatario pueda efectuar mejoras que perjudiquen al propietario o mejoras con las que el propietario pueda quedarse al finalizar el citado contrato.²⁸¹

❖ CLASES DE MEJORAS:

- **Mejoras Necesarias.-** Son aquellas sin las cuales el bien no podría ser conservado.
- **Mejoras Útiles.-** Son aquellas que no son indispensables para la conservación del bien, sino para cualquier poseedor.
- **Mejoras de Recreo.-** Son aquellas de mero lujo, o de exclusiva utilidad para el que las hizo (**Arts. 916º-919º del Código Civil**).

> **Derecho de retención.-** Hasta que el arrendador no haya cumplido con pagar las mejoras, el arrendatario puede retener el bien arrendado. Este derecho se puede prolongar hasta que sea pagado el valor de las mejoras y los gastos respectivos.

> **Cargas, impuestos, tasas y contribuciones.-** Le corresponde al arrendador el pago de cargas y contribuciones que graven el bien arrendado.

2. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO (ART.1681º C.C)

²⁸¹ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 396.

> **Pago del precio.-** Constituye una obligación fundamental, ya que es uno de los elementos del contrato y es el objeto que tuvo en cuenta el arrendador para celebrar el mismo. Así tenemos:

- **Tiempo de pago.-** El arrendamiento se deberá pagar en el tiempo convenido por las partes en el contrato. Si en el contrato no se estipuló ninguna cláusula respecto del tiempo del pago de arrendamiento, dicho pago se efectuará cada mes, en el domicilio del arrendatario (**Art. 1681º, inc.2 del Código Civil**).
- **Lugar de pago.-** El pago de los arriendos se deberán abonar en el lugar fijado para ello en el contrato de arrendamiento, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y el de la fuerza obligatoria del contrato (**Art. 1681º del Código Civil**).
- **Sujetos obligados al pago de los arriendos.-** El sujeto que está obligado al pago de los arriendos, es en principio, el arrendatario. No obstante, según se de el caso concreto, podrán hacerlo los sucesores de aquél (**Art. 660º del Código Civil**).
- **Sujetos receptores del pago de los arriendos.-** Los arriendos podrán pagarse al arrendador o a sus herederos.

> **Recibir el bien.-** De acuerdo a lo convenido con el arrendador (lugar y fecha de recepción del bien). Asimismo, deberá cuidarlo con diligencia y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse por las circunstancias.²⁸²

²⁸² PALACIOS GARCÍA, Luis (1992). *Arrendamiento, Comodato y Desalojo*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Págs. 30-32.

- > Dar aviso al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre.
- > Permitir que el arrendador inspeccione el inmueble por causas justificadas, previo aviso de 7 días.
- > Hacer los reparos que por ley o pacto le correspondan. Asimismo, deberá poner en conocimiento del propietario, los daños que se están produciendo o producirán como consecuencia de la reparación.
- > No hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.
- > No introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin previo asentimiento del arrendador.
- > No subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin consentimiento escrito del arrendador.
- Devolver el bien, vencido el término, sin más detrimento que su natural desgaste.²⁸³

N. SITUACIONES ESPECIALES QUE SE PRESENTAN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

1. COPROPIEDAD

La figura de copropiedad importa un derecho real correspondiente a una modalidad de la propiedad resultante de la pluralidad de los titulares de un derecho sobre un objeto único, cuya vocación es temporal ya que su estructura está destinada a desaparecer mediante el fenómeno de la **partición**.

²⁸³ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 393-394.

Así, tenemos por ejemplo que el demandado no será **ocupante precario** en su condición de hijo del copropietario del inmueble, quien tiene derecho hereditario sobre la masa hereditaria del causante, de quien en el Registro respectivo aparece inscrito su derecho de dominio, contando así con un título que justifica su posesión.²⁸⁴

Revisando nuestro ordenamiento jurídico tenemos que según se enuncia en el **ART. 1669º del Código Civil**, el propietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.

Este dispositivo legal se fundamenta en el hecho de que ningún copropietario tiene derecho exclusivo sobre ninguna parte determinada del bien indiviso. Por lo tanto, el contrato de arrendamiento debe ser suscrito por la totalidad de los copropietarios, sin perjuicio de algunos efectos que tengan lugar entre las partes.

En ese sentido, es necesaria la unanimidad de los copropietarios para decidir sobre el arrendamiento del bien (**ART. 971º, inc.1 del Código Civil**). Si por el contrario, los copropietarios no llegasen a un acuerdo respecto a la suscripción del contrato de arrendamiento, será el Juez quien incidentalmente decidirá a petición de cualquiera de ellos con audiencia de los demás (**ART. 971º, último párrafo del Código Civil**).

Finalmente, es relevante hacernos la siguiente interrogante **¿Puede el arrendatario (bajo una copropiedad) devenir en precario?** Para ello, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

²⁸⁴ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 22.

- Que, tratándose de bienes que pertenecen por cuotas ideales a dos o más personas, corresponde a éstas decidir por unanimidad si dichos bienes deben ser o no arrendados, conforme lo establece el inciso 1 del **Art. 971º** del Código Civil.
- Que, en virtud del **Art. 1969º** de la norma sustantiva, se dispone que el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin el consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento no es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.
- Que, si uno de los condóminos arrienda el bien inmueble común a determinada persona, sin contar con el consentimiento expreso o tácito de los otros condóminos, dicho contrato de arrendamiento no es válido. En consecuencia, la persona que posee el referido bien a mérito de dicho arriendo, tiene la condición de ocupante precario.

Consecuentemente, la mayoría de magistrados opinan que: “El arrendatario de uno de los copropietarios, respecto del inmueble común, tiene la calidad de **ocupante precario**, cuando tal arrendamiento no es ratificado expresa o tácitamente por los demás copropietarios, dado que un condómino no tiene título para arrendar el bien común”.²⁸⁵

2. ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA

Este caso particular se presenta como un contrato atípico, diferente al contrato de compraventa, con reserva de dominio y arrendamiento. Sin embargo, respecto de esta última mantiene ciertos elementos comunes y en particular la finalidad de otorgar al arrendatario el uso de un determinado bien, a cambio del pago del respectivo arriendo convenido por ambas partes.

²⁸⁵ ZAVALITA CARRUITERO, Wilvelder (2002). *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 865-867.

Un contrato de arrendamiento con opción de compra, se manifiesta como un arrendamiento mientras no se ejercite la opción prevista en la cláusula respectiva. Es por ello, que la existencia de una relación arrendataria cierta y un atraso moroso en el pago de los arriendos, autorizan el desalojo por la falta de pago de los arriendos.²⁸⁶

3. ABANDONO DE COSAS ARRENDADAS

Viene a ser la dejación que el arrendatario hace de lo arrendado, cuando se deba a su exclusiva voluntad, como incumplimiento unilateral del contrato, produce el doble efecto adverso para él de perder ciertos derechos y de no eximirse de ninguna de sus obligaciones.

Arrendada una cosa por tiempo indeterminado, si podrá hacer abandono de aquélla el arrendatario, porque en tal caso el arrendamiento concluye cuando cualquiera de las partes lo desee, y el abandono hecho por quien la ha arrendado constituye una expresión tácita de su voluntad de no proseguir la relación arrendaticia. Podemos afirmar que por abandono de la cosa arrendada se entiende a toda ausencia prolongada en el tiempo sin que el bien haya quedado bajo el cuidado de otra persona.

En ese sentido, no se considera abandono a la conducta del arrendatario motivado por hechos vinculados con la propia naturaleza del inmueble o por el lugar en que ella se encuentra, así tenemos por ejemplo el caso de las epidemias, las inundaciones, las guerras, entre otros.

Al respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia y ha sostenido que comprobado el abandono del inmueble por el arrendatario queda disuelto el contrato y el arrendador tiene derecho a tomar cuenta del estado del bien, requiriendo para ello, las correspondientes diligencias judiciales.

²⁸⁶ PALACIOS GARCÍA, Luis (1992). *Arrendamiento, Comodato y Desalojo*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Págs. 23-32.

El hecho de incurrir el arrendatario en esta situación de abandonar el inmueble habilita de por sí al arrendador a resolver el contrato. No se requiere para ello, como circunstancia condicionante el hecho de que el bien haya sufrido daños por el abandono, para habilitar la acción del arrendador.

Sin embargo, se le otorga al arrendador el derecho de acreditar fehacientemente el abandono, a través de la intervención judicial y en consecuencia probar también los daños que el mismo hubiese sufrido.²⁸⁷

4. CLÁUSULA RESOLUTORIA

Como sabemos, al hacer uso de una cláusula resolutoria se resuelve un contrato de pleno derecho. Del mismo modo, para el ejercicio legítimo de la cláusula resolutoria se requiere que la parte que hace uso de ella haya cumplido a su vez, con sus obligaciones contractuales recíprocas.

La divergencia que se pudiera presentar sobre los requerimientos para que opere una cláusula resolutoria, es decir por el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, no debe ser dilucidada en la vía sumarísima, por exceder los límites del **desalojo por ocupación precaria**.

De ese modo, se ha resuelto en reiteradas ejecutorias del Suprema Tribunal, como es el caso de la Casación N° 4040-01-Lima, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 01 de octubre de 2002, páginas 9396 y 9397.

Asimismo, podemos mencionar a la Casación N° 1693-2001-Callao, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República,

²⁸⁷ PALACIOS GARCÍA, Luis (1992). *Arrendamiento, Comodato y Desalojo*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Págs.56-57.

de fecha 25 de marzo de 2002, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de octubre de 2002, páginas 9459 y 9460.²⁸⁸

O. CAUSALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:

Al respecto, es preciso mencionar que las causales de resolución del contrato de arrendamiento están comprendidas en el **Art. 1697º del Código Civil**. En cambio, el **Art. 1699º** del Código Civil, se ocupa de la conclusión del contrato de arrendamiento que se produce por acción extraña a los sujetos del arrendamiento, mientras que la resolución o rescisión se produce por causas imputables a uno de los sujetos. Decimos que un contrato de arrendamiento se dará por resuelto cuando se incurre en las causales previstas en los siguientes incisos del **Art. 1667º** del Código Civil:

1. POR FALTA DE PAGO.- Un contrato de este tipo se resuelve cuando existe la causal de falta de pago de la renta; es decir si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos tal como lo prescribe el **Art. 1697º, inciso1) del Código Civil**.

Entonces, podemos decir que esta causal es la esencia misma del contrato en mención, pues ninguna Ley la ha dejado del lado. Por ello, se ha facultado al propietario-arrendador de ejercer la acción de **Desalojo** contra el arrendatario que haya dejado de pagar 2 meses y 15 días. Se ha establecido esta disposición por razones de equidad, dándole al arrendatario la oportunidad de proveerse de fondos en este plazo.²⁸⁹

²⁸⁸ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 26-27.

²⁸⁹ MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 399.

Cabe resaltar, que el contrato de arrendamiento no se extingue automáticamente por la falta de pago de la renta, lo que si bien es una causal de resolución, permite la continuación del contrato si los arrendatarios permanecen en el uso del bien hasta que el arrendador solicite su devolución.

“El contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y vence otro mes y además quince días” → **Exp. Nº 85-96 del 22-02-96. 5ta. Sala Civil (Corte Superior de Justicia)**²⁹⁰

Según la **CAS. Nº 614-96** “No es válida la alegación del arrendatario de no haber pagado la renta por no saber quien era el acreedor de la prestación, dado que pudo efectuar el pago por consignación y evitar de esa manera incurrir en mora. Por ello, es que este recurso de casación fue declarado **INFUNDADO**”.²⁹¹

2. POR SENTENCIA QUE OBLIGUE AL ARRENDATARIO A EFECTUAR EL PAGO DE ARRIENDOS.- En los casos previstos en el **Art. 1697º del Código Civil**, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de 15 días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.

3. POR DARLE AL BIEN ARRENDADO UN USO DISTINTO AL PACTADO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.- Si el arrendatario da al bien un uso diferente de aquel para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite un acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Así tenemos por ejemplo, los casos en los que el arrendatario conviene con el arrendador en arrendar el inmueble para uso exclusivo de habitación. Sin embargo, posteriormente el arrendador se entera que dicho inmueble es

²⁹⁰ JURISPRUDENCIA citada por Militza Franciskovic Igunza en su libro Código Civil. Pág. 374.

²⁹¹ IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando y Otros (2002). *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. 1ra. Edición. Lima - Perú. 2002.

utilizado para otros fines como pueden ser: Discotecas, bares, night clubs u otros que transgredan de cierto modo el verdadero sentido del contrato.

4. POR SUB-ARRENDAR O CEDER EL BIEN MATERIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.- Esta causal se presenta cuando el arrendatario subarrienda o cede el bien dado en arrendamiento, contraviniendo de ese modo el pacto expreso suscrito entre las partes, o cuando el arrendatario efectúa el subarrendamiento sin asentimiento escrito del arrendador.

Entonces, podemos afirmar que el **Sub-arrendamiento** viene a ser un arrendamiento superpuesto; es decir que existiendo un contrato de arrendamiento de por medio, el arrendatario, a su vez, busca un arrendatario para él y le entrega el bien que ha arrendado primigeniamente a cambio de una renta.

Se presenta la concurrencia de dos contratos paralelos, el arrendatario sigue obligado en todas las formas frente al arrendador; pero asimismo hay otro contrato entre el subarrendatario y el arrendador, llamándose a éste arrendador. En cada caso hay vinculaciones contractuales propias.²⁹²

Asimismo, se puede entender por **Cesión del Arrendamiento**, estableciendo en primer lugar una somera diferencia entre el subarrendamiento y la cesión del arrendamiento, dicha diferencia sustancial radica en que mientras en el subarrendamiento hay dos contratos de arrendamiento superpuestos, en la cesión del arrendamiento se trata del mismo contrato de arrendamiento que pasa de un arrendatario a un nuevo arrendatario.

De conformidad con el **Art. 1696º del Código Civil**, la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del

²⁹² MIRANDA CANALES, Manuel (1995). *Los Contratos Nominados en el Código Civil*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 399.

arrendatario a favor de un tercero que lo sustituye y se rige por las reglas previstas para el caso de **posición contractual**.

Al respecto, el **Art. 1692º del Código Civil** establece que: “**El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario a favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador**”.²⁹³

Por último, es conveniente mencionar el **inciso 4 del Art. 1697º del Código Civil**, el cual señala como causas de resolución del contrato, **la cesión del arrendamiento**, contra pacto expreso o sin consentimiento escrito del arrendador.

5. POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE SON OTORGADAS A LAS PARTES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-

Esta causal procede siempre que se pruebe fehacientemente que una de las partes en el contrato de arrendamiento, ya sea arrendador o arrendatario, ha incumplido con sus respectivas obligaciones derivadas del contrato en mención, es decir cuando alguna de las partes no haya cumplido con sus obligaciones, las cuales se encuentran descritas en los **Artículos 1678º-1680º del Código Civil**.

P. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Sobre le particular, el **Art. 1699º del Código Civil** se ocupa de la conclusión del contrato de arrendamiento, la cual se produce por acción extraña a los sujetos del arrendamiento, pues el contrato en mención concluye así sea de duración determinada, por plazos forzosos, voluntarios o de duración indeterminada. Así, tenemos las siguientes causales:

²⁹³ CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. ART. 1692º sobre Subarrendamiento y Cesión del Arrendamiento. Lima - Perú.

1. POR VENCIMIENTO DEL CONTRATO.- En este caso, se resuelve el arrendamiento de duración determinada cuando se vence el plazo que haya sido establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas, tal como lo estipula el **Art. 1699º del Código Civil**. Sin embargo, en el caso del contrato de arrendamiento de duración indeterminada se pone fin al mismo dando un aviso judicial o extrajudicial al otro contratante, según el **Art. 1703º del Código Civil**.

“El hecho de dar por concluido el contrato de arrendamiento... significa que el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien, lo que no convierte al inquilino en ocupante precario, puesto que como lo dispone el **Art. 1704º del Código Sustantivo** debe continuar pagando una prestación igual a la renta” → **CAS. Nº 508-2000.**²⁹⁴

Si el arrendatario permanece en posesión del bien una vez que ha vencido el plazo del contrato, opera la continuación del arrendamiento bajo los mismos términos, hasta que el arrendador solicite la devolución correspondiente, sin que pueda interpretarse que el arrendatario adquiera la calidad de poseedor precario por fenecimiento de su título de posesión, ni que se ha producido una renovación tácita del contrato.²⁹⁵

El precepto del **Art. 1700º** establece que si el arrendador no exige la devolución de la posesión inmediata del bien arrendado, el arrendamiento continúa bajo sus mismos términos. Sin embargo, esta permanencia del arrendador en la posesión del bien una vez vencido el plazo del contrato, conlleva a que el arrendamiento que inicialmente se había estipulado de duración determinada, una vez vencido el plazo convenido, se transforma en uno de duración indeterminada, por lo que cualquiera de las partes podrá darle fin comunicándole a la otra la finalización del contrato.

²⁹⁴ JURISPRUDENCIA citada por Militza Franciskovic Igunza en su libro Código Civil. Pág. 376.

²⁹⁵ FRANCISKOVIC IGUNZA, Militza y Beatriz Franciskovic Igunza (2001). *Código Civil - Sumillado - Concordado con Jurisprudencia e Índice Analítico*. Editorial Gráficas Horizonte. Lima - Perú. Pág. 35-36.

Así también, en el **Art. 1701º del Código Civil** se ha previsto que en el Contrato de Arrendamiento cuya duración se pacta por períodos forzosos para ambas partes y voluntarios a opción de una de ellas, los períodos voluntarios se irán convirtiendo uno a uno en forzosos si la parte a la que se concedió la opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios.

Este aviso deberá cursarse con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período, si se trata de inmuebles, y no menos de un mes, en el caso de los demás bienes.

Por tanto, la condición del ocupante del bien no es de poseedor precario, sino de un auténtico arrendatario, pues éste cuenta con un título que justifica que prosiga en posesión del bien, cuyo status no es de poseedor precario sino de un poseedor legítimo.

Asimismo, el arrendatario deberá seguir pagando la renta convenida.²⁹⁶ La terminación del plazo establecido en el contrato de arrendamiento no supone, de por sí, la desocupación del inmueble correspondiente.

Según la **CAS. Nº 76-94** “En caso de vencimiento del plazo de un contrato de arrendamiento de duración determinada, si es que el arrendatario permanece en la posesión del bien se entiende que ello deviene en la continuación de dicho contrato con un plazo de duración indeterminada. Es por estas consideraciones que el recurso de casación en mención es declarado **FUNDADO**, favoreciendo de esta manera al arrendatario”²⁹⁷

²⁹⁶ CITADO POR MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO (2003), a través de Gaceta Jurídica en su publicación de Cuadernos Jurisprudenciales. *Contrato de Arrendamiento*. Lima - Perú. Pág. 15.

²⁹⁷ IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando y Otros (2002). *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. 1ra. Edición. Lima - Perú. Pág. 528.

1.1. EL ARRENDATARIO AL VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Sobre el particular, es preciso tener en claro que la posesión justificada por un contrato de arrendamiento **“no es precaria”**. No obstante a ello, algunos consideran que al concluir el plazo del referido contrato, el inquilino deviene en esa situación y para lograr el desalojo aducen en su demanda la ocupación precaria y no vencimiento de plazo del contrato, como debería ser. Llegan a tal conclusión, ya que piensan que producido el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, entonces el título para poseer ha fenecido.

Sin embargo, esto no es así, pues de acuerdo a lo previsto en el **Art. 1700º del Código Civil**, vencido el plazo del Contrato de Arrendamiento, si el arrendatario permanece en uso del bien arrendado, ello no quiere decir que hay una renovación tácita del contrato, sino la continuación del arrendamiento, hasta que el arrendador solicite su devolución.

En este orden de ideas, el arrendador no puede a su solo arbitrio calificar como precario al arrendatario, aunque haya una causa legal de desalojo para la resolución o rescisión del vínculo contractual entre ambas partes.

En ese sentido, la falta de pago, la terminación del plazo, los daños causados y demás causales de rescisión o resolución, que dan lugar a la acción de desalojo, no constituyen causales determinantes para alegar la condición de precario.

La situación de precario, no se produce tampoco cuando el arrendador propietario transfiere el inmueble. De tal manera que, **si el contrato de arrendamiento está inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble**, el comprador está obligado a respetarlo; sin embargo si no está inscrito, el comprador se sustituye en la calidad de arrendador y si no desea continuar con el arrendamiento tiene la posibilidad de iniciar un proceso de desalojo por la

causal de conclusión de contrato, de acuerdo a lo previsto en el **Art. 1708º - inciso 2) del Código Civil**; pero no por la causal de ocupación precaria.²⁹⁸

Q. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

De conformidad con lo previsto en el **Art. 1371º del Código Civil** y efectuando una somera relación entre el Contrato en general y el Contrato de Arrendamiento en específico, tenemos los siguientes efectos:

- a. Efecto Extintivo – Liberatorio.-** Con la resolución del contrato de arrendamiento, se extingue la relación jurídica entre **arrendador y arrendatario**, cesan todos los efectos contractuales entre ambos y por ende, ambas partes quedan liberadas de los derechos y obligaciones establecidas en el referido contrato.
- b. Efecto Restitutorio o Reintegrativo.-** Es aquel mediante el cual se le va a restituir a la parte afectada (**arrendatario – arrendador**) las prestaciones o contraprestaciones ya ejecutadas por cualquiera de ellos, en virtud a la causal del contrato resuelto.
- c. Efecto Resarcitorio.-** En principio, este efecto no es inmanente a la resolución sino que va a depender de la causal que provoque la resolución del contrato de arrendamiento. Así, tenemos por ejemplo, a la resolución por incumplimiento de las obligaciones, ya sea por parte del **arrendador o arrendatario**, en tal caso opera efectivamente la tutela resarcitoria.²⁹⁹

²⁹⁸ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Ocupante Precario: Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú. Pág. 111-112.

²⁹⁹ FORNO FLOREZ, Hugo. En: *Código Civil Comentado*. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo VII. Contratos en General. Lima - Perú. Pág. 207.

2.2.4. EL PROCESO DE DESALOJO

A. NOCIONES GENERALES

La ley protege la propiedad en sus diversos modos de actuación en la vida jurídica, por distintos medios: el dominio, por la acción reivindicatoria; la posesión, por las acciones posesorias; la tenencia, por los interdictos; el uso, por el proceso de desalojo.

Como se puede observar en la escala de los modos de protección de los bienes, el proceso de desalojo ocupa el último lugar; sin embargo, en la práctica del derecho es de aplicación más frecuente que los otros, lo cual constituye una abundante y contradictoria jurisprudencia, no siempre orientada en los principios que inspiraron al legislador, aunque invariablemente guiada por el propósito de salvar los inconvenientes de la defectuosa concepción legislativa.

No obstante a ello, dicha deficiencia legal tiene una lógica explicación, pues a la fecha de promulgación del Código Procesal Civil podían resolverse con sus breves disposiciones los conflictos surgidos del arrendamiento, que, por la existencia de viviendas y menor densidad de población, no ofrecían mayor dificultad, ni los graves problemas y complicaciones que, por la alteración fundamental de esos dos factores, principalmente, presenta en la actualidad.

El proceso de desalojo no es un medio de ejecución forzada; pero es necesario establecer, a efectos de precisar los conceptos, que no se trata de un procedimiento de ejecución, como ya se ha mencionado, al exigirse la rescisión previa en proceso de conocimiento del contrato de arrendamiento en caso de incumplimiento, afirmando que usar el procedimiento de desalojo importa por parte de quien así procede substituirse a los Jueces y declarar de propia autoridad, sin forma ni figura de juicio, la anticipada terminación del contrato.

En efecto, se trata, de situaciones distintas: en el proceso de desalojo existe un período de conocimiento, en el que el Juez, después de oír a las partes y

examinar las pruebas, dicta sentencia; admitiendo o rechazando la demanda; solo en el caso de que el demandado no cumpla voluntariamente la sentencia se procede a su ejecución forzada; en la misma forma que en el proceso de rescisión del contrato cuando la sentencia manda entregar el bien.

Finalmente, el hecho de que en algunas circunstancias sea necesario que mediante sentencia en proceso de conocimiento se establezca previamente la extinción del contrato de arrendamiento, no autoriza a suponer que el proceso de desalojo sea un procedimiento de ejecución, sino que la sentencia que en éste se pronuncia, se ejecuta en la misma forma de aquél.³⁰⁰

B. ANTECEDENTES DEL DESALOJO

Para ello, se ha estimado conveniente hacer una breve referencia a la legislación anterior, Código de Procedimientos Civiles, a efectos de lograr obtener un mejor panorama del Proceso de Desalojo. El Código de Procedimientos Civiles normaba este tipo de proceso, bajo la denominación de **desahucio** y dentro de éste distinguía **el desahucio y el aviso de despedida**.

Etimológicamente, “**desahucio**” deriva del latín “de deficio”, que significa arrojar, lanzar. En opinión de **Alsina**, el proceso de desalojo (desahucio) es un modo de actuación en la vida jurídica, para proteger el derecho de propiedad.³⁰¹

Para **Guillermo Cabanellas**, “**desahucio**” constituía el acto mediante el cual el dueño de una casa o propietario de una heredad despide a su inquilino o arrendatario por las causales previstas en la Ley o convenidas en el

³⁰⁰ HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. y José P. Vásquez Campos (2002). *Código Procesal Civil: Concordado, Comentado y Actualizado*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 2072-2073.

³⁰¹ ALSINA, Hugo (1946). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina. Pág. 234.

Contrato.³⁰² Por lo tanto, se daba lugar al desahucio, sin necesidad de juicio anterior que declare rescindido o terminado un contrato de locación o arrendamiento:

- En los casos de rescisión o terminación del contrato de arrendamiento **(ARTS. 1529º y 1531º del Código Civil de 1936** equivalentes a la resolución del contrato y conclusión del arrendamiento conforme a los **ARTS. 1697º y 1705º del Código Civil de 1984**, vigente).
- En los arrendamientos de duración indeterminada y de años forzosos y voluntarios cuando se ha dado el aviso de despedida **(ART. 952º del Código de Procedimientos Civiles)**.
- Para recuperar bienes de ocupantes precarios **(ART. 970º del Código de Procedimientos Civiles)**.

Asimismo, legislaba sobre el aviso de despedida, como el medio que tenía el locador o arrendador para poner término a un arrendamiento de duración indeterminada o de años forzosos y voluntarios, el que podía ser judicial o extrajudicial **(ART. 961º del Código de Procedimientos Civiles)**. Si se daba aviso extrajudicial, y se vencía el plazo, procedía el desahucio.

En cambio, el aviso judicial se ejercitaba mediante demanda ante el Juez a quien correspondía conocer del desahucio, el que la tramitaba con arreglo a las normas establecidas para el desahucio **(ART. 962º del Código de Procedimientos Civiles)**. En ese sentido, tanto el desahucio como el aviso de despedida tenían por objeto la entrega del bien al demandante, es decir, el desalojo del ocupante.

³⁰² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en Código Procesal Civil Comentado. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 865.

Mediante el desahucio, actualmente denominado Desalojo, el Juez, en la sentencia que lo declaraba fundado, ordenaba la desocupación dentro de seis días; transcurrido este plazo y luego de consentida o ejecutoriada la sentencia, el Juez ordenaba el lanzamiento (**ART. 959º y 960º del Código de Procedimientos Civiles**). ejecutoriada o consentida la sentencia y vencido el plazo concedido, el Juez ordenaba la desocupación dentro del plazo de seis días, vencidos los cuales, ordenaba el lanzamiento (**ARTS. 963º, 964º y 965º del Código de Procedimientos Civiles**).

En el aviso de despedida, el Juez, a través de la sentencia, señalaba el plazo para la desocupación, el que se contaba desde la notificación de la demanda.

C. CONCEPTO DE DESALOJO

Conocido también como desahucio; el cual viene a ser un procedimiento judicial de especial brevedad, que la ley concede al propietario a fin de que se le restituya el bien materia de litis, ya sea porque ha culminado el contrato de arrendamiento por determinadas causales o porque el **arrendatario no desocupa voluntariamente el predio**.³⁰³

Hinostroza Minguez señala que el Desalojo es aquel proceso que promueve una persona (el titular del derecho de propiedad, el arrendador, el comodante, el administrador, etc.) contra otra que ocupa indebidamente un bien, a efecto de que lo deje a disposición de la primera, pues su finalidad es la restitución de bienes muebles e inmuebles (**Art. 596º del Código Procesal Civil**).

En el proceso de desalojo no se discute la propiedad sino el derecho que se tiene al uso, goce y posesión del bien.³⁰⁴ El proceso de desalojo de un bien

³⁰³ FIGALLO, Guillermo y César Polack. *Ley de Alquileres*. Editorial Atlántida. Lima - Perú. Pág. 70.

³⁰⁴ HINOSTROZA MINGUES, Alberto (2002). *El Embargo y otras Medidas Cautelares* Editorial San Marcos. . Lima - Perú. Pág. 171.

entregado en arrendamiento es resolutorio del contrato y a la vez recuperatorio de la posesión natural o inmediata, e importa el aviso de fin y devolución.³⁰⁵

La acción de desalojo es una facultad procesal sin contenido sustantivo y la base de su ejercicio radica en la protección posesoria otorgada al poseedor mediato, para lo cual se prevé un trámite sumario destinado a recuperar la posesión desplazada.³⁰⁶

Las causales a invocar en un Proceso de Desalojo, deben estar supeditadas a: Las personas y al objeto. El Desalojo referido a las personas, hace alusión al propietario como actor - arrendatario y a los arrendatarios, subarrendatarios y precarios, como demandados, según se desprende del **Art. 586º** del Código Procesal Civil.

En cambio, el desalojo referido al objeto hace alusión a dos reglas, una genérica que es establecida por el Código Procesal Civil y, otra, específica establecida por el Código Civil, en los que se mencionan los casos que dan lugar al Proceso de Desalojo. Así, tenemos:

1. **En el primer caso:** El **Art. 585º** del Código Procesal Civil establece que el desalojo procede para conseguir la “**restitución de bienes inmuebles**” y el **numeral 596º** hace extensiva la acción para la “**restitución de bienes muebles**”. Entonces, se colige que el Proceso de Desalojo es factible para todos los bienes mencionados en el Código Civil, en sus **Artículos 885º y 886º**.
2. **En el segundo caso:** El Código Civil en sus **Artículos 1697º, 1698º, 1703º y 1705º** enumera los casos específicos en que procede el

³⁰⁵ MILITZA FRANCISKOVIC IGUNZA y Beatriz Franciskovic Igunza (2001). *Código Civil - Humillado - Concordado con Jurisprudencia e Índice Analítico*. Editorial Gráficas Horizonte. Lima - Perú. Pág. 56.

³⁰⁶ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Ocupante Precario: Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú. Pág. 117.

desalojo, siendo algunos de ellos: Por falta de pago, por subarrendar sin el consentimiento del arrendador, por conclusión del plazo del arrendamiento, entre otros.³⁰⁷ El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien, de ampararse la demanda, el lanzamiento solo puede ejecutarse a los 6 días de vencido el plazo → **Ejecutoria N° 15-07-97.**³⁰⁸

El **ART. 585º** del Código Procesal Civil también dispone que la restitución de un predio, se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo. Se aprecia que la finalidad de este proceso es obtener la restitución de un predio.

En tal sentido, la restitución implica la devolución de una cosa a quien la poseía. Predio es una de las clases de bienes inmuebles a que se refiere el **ART. 885º, inc.1 del Código Civil** y es definido en el **ART. 954º del mismo Código**, como el suelo, subsuelo y sobresuelo, precisando que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Cualquiera sea la causal de la interposición de una demanda de desalojo, el propietario del inmueble debe obtener previamente una orden (resolución) que autorice el respectivo desalojo. Asimismo, el propietario (arrendador) no puede cambiar las cerraduras, desconectar los servicios de gas, electricidad, agua, etc.

Generalmente, el demandado (arrendatario) puede detener el proceso de desalojo en su contra, si logra acreditar fehacientemente que no adeuda la renta estipulada en el contrato de arrendamiento.

De manera que, el arrendatario puede llegar a un acuerdo con el arrendador en pagar la renta atrasada o, también puede presentarse el caso por parte del arrendador de no dar aviso sobre la conclusión del contrato.

³⁰⁷ ZAVALITA CARRUITERO, Wilvelder (2002). *Código Procesal Civil Comentado*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Pág. 865-867.

³⁰⁸ GACETA JURÍDICA N° 49. Pág. 17-B.

La Ley Número 29057, publicada en el peruano con fecha 29-06-2007, modificó una serie de artículos del Código Procesal Civil, entre las que desarrollaremos esta la competencia jerárquica y la restitución del predio. La innovación de la modificatoria al **artículo 585 del CPC** consiste en la acumulación de pretensiones que puede plantearse en la demanda sobre restitución de predios, específicamente, la acumulación de pago de arriendos al desalojo cuando éste se sustente en dicha causal, exceptuándose, para tal efecto, la regla contenida en el inciso, 3) del artículo 85 del CPC, que establece que sólo es posible la acumulación de pretensiones cuando éstas sean tramitables en la misma vía procedimental.

Hasta antes de la modificatoria, los desalojos por causal de falta de pago de arriendos se tramitaban en vía sumarísima en forma exclusiva (sin acumulación) y el pago de los arriendos (que sirve de causal para desalojar) también en forma exclusiva en la vía ejecutiva; es decir, ambas acciones por separado por tratarse de dos vías procedimentales totalmente distintas.

Salvó el problema de presentar dos demandas y por ende seguir dos juicios; es decir, uno para desalojar y otro para cobrar, porque entre ambas acciones existe plena, real y total conexidad. Sin embargo, la disposición trae un defecto de vital relevancia que hace inconveniente y poco útil su existencia. Ejemplo: si celebro un contrato de arrendamiento por un año o más con pago de renta mensual y el arrendatario incumple el pago de dos mensualidades (dos períodos de pago de renta vencidas) mas quince días, se configura la causal de resolución del contrato, y quedó habilitado para interponer la respectiva demanda de desalojo por falta de pago. De acuerdo con la modificatoria, puedo acumular también a mi demanda el pago de renta incumplida, que en este caso sería de dos mensualidades, pues es obvio que demandaré inmediatamente de configurada la causal, para no perjudicarme más patrimonialmente.

Como muy bien sabemos, en la práctica, los procesos sumarísimos no se resuelven en el plazo teórico y legal que establece el CPC, de aproximadamente 40 días útiles, sino que éstos plazos se convierten, en la mayoría de casos, en un año o año y medio de litigio. Por consiguiente desde

el momento en que el arrendatario decide no pagar la renta de arrendamiento, no lo hace más, aun hasta la desocupación del predio; es decir, vive en el inmueble sin pagar un centavo por espacio de un año o año y medio, que, como ya hemos dicho, es el plazo promedio que demora la justicia en resolver un desalojo agotando todas sus instancias.

La norma modificatoria, si bien permite la acumulación de la pretensión de pago de arriendos al desalojo, no permite la ampliación de la cuantía de éstos arriendos que continúen devengándose hasta la desocupación del inmueble arrendado por expresa disposición del inciso 4) del artículo 559 del CPC, ya que la vía procedimental en la que se desarrolla el proceso es la sumarísima, a la cual se acumula el pago de arriendos. En consecuencia, al demandar desalojo por falta de pago y acumular la pretensión de pago e arriendos por los dos meses incluidos (según el ejemplo plantado), el Juez fallará ordenando la restitución del predio y el pago de esos dos meses de renta demandados (aunque se hayan devengados diez meses más) porque estará impedido legalmente de ordenar el pago de todos los meses transcurridos hasta la expedición de su fallo, debido a que el demandante no puede reservarse el derecho de ampliar la cuantía de su pretensión (aunque se derive de la misma relación obligacional) por impedimento del inciso 4) del artículo 559 del CPC. Siendo así, si el demandante deseara cobrar todos los demás meses devengados de renta y generados hasta la desocupación del bien, tendrá forzosamente que interponer una demanda en la vía ejecutiva por pago de arriendos, lo que consecuentemente convierte a la norma modificatoria del artículo 585 del CPC en un total absurdo.

Para finalizar Creemos que hubiera sido más coherente, alentador y se hubiese cumplido con la finalidad que se esperaba al autorizar esta acumulación de pago de arriendos a una demanda de desalojo por la causal de falta de pago, si se hubiera incluido en la norma modificatoria "...en los casos de haberse solicitado la acumulación de la pretensión de pago de arriendos al desalojo,

sólo es procedente la ampliación de la cuantía, si el demandante se hubiera reservado tal derecho en la demanda”.³⁰⁹

D. EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

A tenor de lo explicado en párrafos anteriores sobre ocupación precaria, es pertinente mencionar que la acción de desalojo, si bien persigue la restitución de la posesión de un predio, no está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión. Y, por ello no solo corresponde al propietario sino también al arrendador y a todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un inmueble.

En tal sentido, el desalojo no es idóneo para discutir la propiedad, sino solamente el derecho a poseer, pues el proceso de desalojo no tiene otro objeto que el de reintegrar de manera rápida al dueño o poseedor mediato la posesión y disfrute de la cosa cuando aquel contra quien la acción se dirige la tiene en posesión inmediata.

Se debe señalar que el proceso de desalojo por ocupación precaria sólo puede referirse a **“inmuebles”**. Es por estas características que se desprende que la acción de desalojo por ocupación precaria es de naturaleza personal y posesoria.

De igual manera, es preciso tener conocimiento que la ocupación precaria no comprende la posesión inmediata a título de **arrendatario**. Sin embargo, el contrato de arrendamiento no es la única forma para desvirtuar la calidad de poseedor precario, ya que en nuestro ordenamiento jurídico existen varias instituciones jurídicas que pueden servir como título para poseer legítimamente un bien.

Por consiguiente, si el demandado viene ocupando el predio materia de sub-litis, en su **condición de arrendatario**, calidad otorgada mediante la

³⁰⁹ Díaz Esponda, Javier. Inconvenientes Modificación del Artículo 585 del CPC. Suplemento de análisis legal de el peruano. Fecha 12/08/08. Pagina 7.Lima-Perú.

suscripción de Contrato de Arrendamiento por quien a la fecha de la celebración del mismo tenía la condición de propietario, es evidente que no puede ser considerado como ocupante precario, dado que aún cuando venza el plazo del mencionado contrato, el arrendatario del inmueble no se convierte en ocupante precario. Consecuentemente, al no acreditarse la condición de ocupante precario que imputase el demandante en contra del demandado, la demanda deviene efectivamente en improcedente.

Según la **Ejecutoria Nº 18-01-95**: “el que ocupa un bien con permiso del copropietario como comodatario, arrendatario o por contrato de uso, sea verbal o escrito, u otro título por el cual posea para ser condómino, no resulta precario”.³¹⁰

Debemos señalar que en los procesos de desalojo por ocupación precaria no se discute la propiedad, debiendo previamente acreditarse indubitadamente tal calidad. Se debe tener en cuenta que en un proceso sumarísimo no se puede discutir la validez o no de un título.

En reiteradas ejecutorias en sede nacional, se ha sostenido que surgiendo la discrepancia sobre el **mejor derecho de propiedad**, y la razón que justifica la ocupación del bien por parte del demandado, ya sea en el caso de que ambas partes aducen ser propietarios del inmueble y han ofrecido prueba instrumental al respecto, la pretensión procesal de desalojo por ocupación precaria resulta improcedente.

En este aspecto, cabe resaltar que el propietario debe serlo tanto del terreno como de la construcción, pues si se ha acreditado que el demandante es sólo propietario del terreno, mas no de lo construido sobre él, lo cual es de dominio exclusivo de la parte demandada; entonces la demanda debe ser rechazada conforme se ha resuelto en diversas ejecutorias → **Casación Nro. 1780-99-Callao** de fecha 4 de noviembre de 1999.³¹¹

Miguel Moreno Mocholi, comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, define al desalojo por precario como un proceso de cognición, especial por su brevedad y sumariedad, aunque con ciertos matices del proceso cautelar y del

³¹⁰ GACETA JURÍDICA Nº 23. Pág. 12-A.

³¹¹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 23.

de ejecución; y posesorio en cuanto su fin es amparar la posesión del interesado en la restitución del inmueble de su propiedad.

Cuando el arrendador demanda al arrendatario por vencimiento de contrato o por falta de pago, la única prueba requerida es el contrato de arrendamiento, pero cuando demanda al ocupante precario debe acreditar el título de propiedad de donde se derive el derecho que ejercita sobre el bien.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria es sujeto activo de la relación jurídica procesal el propietario, mientras que el sujeto pasivo es el que se encuentra en posesión del bien; sólo podrán ser emplazados quienes indebidamente se encuentren en la posesión de un bien → **CAS. Nro. 1325-2000.**³¹²

Al respecto, la **CAS. Nº 26-96** establece que “Vencido el plazo del contrato o el plazo máximo legal establecido en el **Art. 1688º del Código Civil**, se entiende que existe continuación del contrato de arrendamiento, en tal sentido, el arrendatario no tiene la calidad de ocupante precario. Por consiguiente, las consideraciones del mencionado recurso de casación lo declaran **FUNDADO**, dándole de esta manera la razón a la parte demandada (arrendatario)”

En la **CAS. Nº 1713-96** se establece que “Vencido el plazo del contrato de arrendamiento, si es que el arrendatario permanece en el uso del bien y el arrendador no solicita su devolución, se entiende que el contrato en mención continua, en cuyo caso también continua el pago de la renta”³¹³

En los casos sobre procesos de desalojo, por causal de posesión ilegal del inmueble, es pertinente hacer referencia a lo previsto en el **Art. 897º del Código Civil**, el cual reconoce la condición de ocupantes precarios al portero, cuidador del inmueble o empleado del propietario que ocupa un predio sin pagar una determinada renta. Así, se puede citar como ejemplo a aquella

³¹² SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Ocupante Precario: Doctrina y Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú. Pág. 151.

³¹³ IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando y Otros. *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Editorial Ediciones Legales. 1ra. Edición. Lima - Perú. Pág. 530.

Persona que recibe de su empleadora un inmueble para que lo ocupe como vivienda, por lo que al extinguirse el vínculo laboral, el título que tenía para poseer el bien fenece.³¹⁴

E. OBJETO DEL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

En principio, es preciso señalar que el objeto de todo proceso de desalojo se encuentra en:

- a. **La Protección del Uso y Goce de los Bienes.-** Porque este proceso tiene por objeto asegurar la libre disposición de ciertos bienes, cuando son detentados sin título alguno contra la voluntad de quienes tienen derecho a ella. Su objeto es, entonces, dejar libre el uso de los bienes materia de litigio, substrayéndolos, con el auxilio de la fuerza pública si fuese necesario, a la acción de sus detentadores.
- b. **La Exclusión de otras Cuestiones.-** Por esa razón, no son admisibles en él cuestiones que pueden ser sometidas a la decisión judicial mediante otros trámites establecidos para los procesos de conocimiento y así, en el proceso de desalojo no puede discutirse la propiedad ni la posesión, aún cuando pueda negarse la calidad de propietario o poseedor que se invoca para fundar la acción, porque esa negativa no supone una pretensión.

De tal manera que, el objeto de este proceso “es lanzar al arrendatario o inquilino del inmueble para que ésta quede a la libre disposición de su dueño”. No se trata, pues, de la satisfacción del precio del arriendo o de los alquileres que se debían al propietario, y no porque se quiera privar de ellos al dueño,

³¹⁴ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 26.

sino para conseguir su cobro, en un proceso ejecutivo, según las diversas formas en las que se haya celebrado el Contrato de Arrendamiento.³¹⁵

Para **Obando Blanco**, el objeto que persigue este tipo de procesos es la **“restitución de un bien inmueble por causal específica invocada en el petitorio de quien tiene derecho real”**. Recordemos que el poder jurídico que preceptúa el **Art. 923º del Código Civil**, faculta al propietario a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

Entonces, es pertinente establecer que en un proceso de desalojo por ocupación precaria la pretensión procesal está dirigida a que **“el emplazado desocupe el inmueble materia de litis por carecer de título o porque el que ha tenido ha fenecido”**. Consecuentemente, el demandante debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, tal como lo prevé el **Art. 586º del Código Procesal Civil**.

Asimismo, el demandado debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien materia de controversia, no siendo objeto de probanza en este tipo de procesos la validez o no de dicho título.³¹⁶

F. NOTIFICACION DEL PROCESO DE DESALOJO

La notificación es un acto de comunicación procesal, por el cual se ponen en conocimiento de las partes y demás interesados, de las providencias judiciales. El término **“notificación”** proviene directamente de la voz **“notificare”**, derivada de **“notus”**, que significa hacer conocer. Así, el **Art. 589º** del Código Procesal Civil establece que la demanda debe ser notificada, además de la dirección domiciliaria indicada en ella, en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta.

³¹⁵ HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. y José P. Vásquez Campos (2002). *Código Procesal Civil: Concordado, Comentado y Actualizado*. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. Pág. 2073-2074.

³¹⁶ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Temas del Proceso Civil*. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú. Pág. 21.

En la mayoría de países, el primer paso del proceso de desalojo es la Notificación de Desalojo. El sólo hecho de recibir esta notificación no quiere decir que el arrendatario deba mudarse de inmediato.

Generalmente, se le concederá al arrendatario una cantidad específica de días para dejar el inmueble a menos que se cumplan ciertas condiciones como por ejemplo, pagar los arriendos adeudados o corregir las infracciones en los que el arrendatario haya incurrido sobre el contrato de arrendamiento. Por lo tanto, si se cumplen o aceptan estas condiciones, el arrendatario no tiene ya la necesidad de desocupar el inmueble.

G. OTROS MODOS DE PERDER LA POSESIÓN

La lista de causales de pérdida de la posesión previstas en el **Art. 922 °** del **Código Civil**, pueden considerarse un avance respecto a su antecesor, sin embargo, no es ni puede ser limitativa. A continuación, se mencionan los otros modos de perder la posesión, recurriendo para tal efecto, a la legislación comparada:

- a. La cesión hecha a título oneroso o gratuito → **Código Civil Español, Art. 460º - inciso 2).**
- b. La expropiación → **Vigente desde el Derecho Romano.**
- c. La usurpación → **Art. 202º del Código Penal Peruano.**
- d. La pérdida de la posesión de los derechos por imposibilidad de ejercicio o por cumplirse el plazo prescriptorio → **Código Civil Mexicano, Art. 829º y 97º.**
- e. La pérdida de la posesión por otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año → **Código Civil Español, Art. 460º - inciso 4).**

Después de haber mencionado las otras formas de perder la posesión, es preciso dar algunas referencias a alguno de ellos. De manera que, respecto a la **“Cesión hecha a otro, mediante título gratuito u oneroso”** se puede señalar que esta cesión tiene relación con la tradición, la cual es un modo de adquirir para uno y de perder para el otro.

Así, tenemos que el cedente pierde la posesión, pero el cesionario la adquiere. Por consiguiente, no existe una relación lógico – jurídica de causa – efecto, dado que como ya se mencionó, se adquiere la posesión porque otro la pierde, y viceversa. Sin embargo, al mismo tiempo comporta la pérdida no solo de la posesión sino también de la propiedad.

En ese orden de ideas, es difícil que se presente en la práctica si no va acompañada o no resulta como consecuencia de la celebración de un negocio jurídico básico por el que se hayan cedido o transmitido determinados derechos de los que la posesión sea la manifestación sensible, finalmente, podemos mencionar que en realidad es un medio voluntario.

Otro modo de perder la posesión es la **“Pérdida por la posesión de otro”**, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año. Este es un típico caso de desposesión o despojo.

En tal sentido, el hecho físico de la posesión y el concepto jurídico de la posesión no coinciden, pues existe un hecho de poseer que no es la posesión jurídicamente calificada, desde el momento que la primera posesión debe haber durado más de un año para que la segunda termine; vale decir, que durante un año coexistirán una posesión jurídica atribuida a quien obviamente no posee y otra posesión de hecho, física o real que durante el plazo señalado de un año estará supeditada a la primera. Por tal motivo, se ha hablado de la posesión inmaterial del despojado, que puede ejercitar los interdictos posesorios durante el mismo plazo de un año.³¹⁷

³¹⁷ MÉNDEZ VILALTA, Puig Brutau. Citado por Eugenio María Ramírez en *Tratado de Derechos Reales: La Posesión*. Lima - Perú. Pág. 650-652.

Finalmente, tenemos a la “**Usurpación**”. Sobre el particular, **Borda** la incluye entre los medios de adquirir la posesión (aunque también lo es de adquirir la propiedad). En este caso, estamos ante un modo involuntario e ilícito de perder la posesión de un inmueble, ya que es una forma violenta de adquirir la posesión, motivo por el cual carece de efectos. No obstante a ello, si el poseedor despojado no acciona, puede el usurpador adquirir por usucapión.

H. LA USURPACIÓN

En el Derecho Romano, en materia de usurpación, no había un tratamiento jurídico unitario, dado que el despojo estuvo previsto como una forma posible de crimen.

En el Derecho Cristiano no se encontraron indicios de la naturaleza sagrada de los límites, los cuales sí existieron en el hebreo antiguo y que actualmente lo encontramos en la Biblia cuando se establece en la misma la prohibición de cambiar engañosamente los linderos de las propiedades.³¹⁸

En la Edad Media, los franceses solían equiparar las alteraciones de los linderos al robo y los sancionaban como barbáricas que consistían en azotes o galeras, pero siempre incluyendo las reparaciones civiles respectivas.

Así, en el Código Rural de 1971 se realizó una clasificación de acuerdo a la gravedad, desde el mero cambio de linderos hasta el propósito de usurpar la posesión de otro. En el Código Napoleónico subsistió la asimilación de la figura de alteración de linderos al robo.

En el Perú, el Código Penal de 1924 abordó este tema, comparando con el actual Código Penal vigente de 1991, tenemos:

³¹⁸ PEÑA CABRERA, Raúl (1995). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Estudio Programático de la Parte General. Editorial Grijley. Lima - Perú. Pág. 495.

CÓDIGO PENAL DE 1924	CÓDIGO PENAL DE 1991
<p>Art. 257º: Será Reprimido con prisión no mayor de dos años:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El que con violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituidos sobre un inmueble. 2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. 3. El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión de un inmueble. 	<p>Art. 202º: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.

Después de haber establecido algunos parámetros sobre la evolución que ha tenido esta figura delictiva, es preciso señalar que la acepción gramatical de la palabra “**usurpar**” está referida a quitar a uno lo que es suyo o quedarse con ello. Por consiguiente y teniendo en cuenta el concepto que brinda **Raúl Peña**

Cabrera, usurpación no es sino “apropiarse, despojar y turbar violentamente, con amenazas, engaño o abuso de confianza, un inmueble o derecho real.”³¹⁹

Por su parte, **Sebastián Soler** considera que el Delito de Usurpación es tratado como un delito contra la propiedad, a diferencia de la regulación que hace nuestro Código Penal, que es contra el patrimonio. Este autor argentino sostiene que la usurpación presenta el carácter de figura autónoma por causa de la naturaleza misma de los bienes sobre los cuales recae.³²⁰

Cabanellas menciona que el delito de usurpación se configura por el apoderamiento, con violencia o intimidación, de un inmueble ajeno o de un derecho real de otro.³²¹

Figueroa Estremadoyro señala que la usurpación “es un hecho delictuoso de comisión instantánea y consiste en arrebatos por medio violento, engaño, amenaza y abuso de confianza, al legítimo titular, del derecho de la posesión o la tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real”.

En ese sentido, abordar la figura penal de la usurpación en nuestra realidad peruana, en donde acceder a una vivienda es cada vez más dificultoso a la gran mayoría de peruanos, nos enfrenta aun problema social.³²²

De esta manera, tenemos que dentro de la taxonomía de los Delitos contra la Propiedad, se ha considerado a la “Usurpación” como aquella que recae sobre las cosas inmuebles, de manera que, solamente las cosas en su sentido

³¹⁹ PEÑA CABRERA, Raúl (1995). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Estudio Programático de la Parte General. Editorial Grijley. . Lima - Perú. Pág. 496.

³²⁰ SOLER, Sebastián (1995). Citado por Julio Mazuelos Coello en *Usurpación: Delito Instantáneo o Permanente*. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú. 123.

³²¹ CABANELLAS, Guillermo (1981). *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta S.R.L Lima - Perú. Pág. 287.

³²² FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán (1994). *Código Penal Comentado y Analizado*. Editorial Inkari. Primera Edición. Lima - Perú. Pág. 139.

jurídico de objetos materiales con valor económico pueden ser objeto de este tipo de ilícitos penales. En cambio, los derechos que son bienes inmateriales, aunque recaigan sobre bienes inmuebles no podrán ser susceptibles del Delito de Usurpación.

En este orden de ideas, paso a dar algunos alcances sobre la configuración del Delito de Usurpación:

➤ **DESPOJO Y TURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN**

En este caso, el **Art. 202º de nuestro Código Penal** configura tres clases de usurpación:

- a. **El despojo de la posesión o tenencia de un bien inmueble, o de un derecho real.-** Se consuma el despojo de la posesión o tenencia, al privarse de la posesión al titular de ese derecho. Si el derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre y anticresis suponen la posesión del inmueble, el delito se consuma cuando al propietario o al titular de un derecho real sobre el bien ajeno o un derecho real de garantía, se le priva con violencia, engaño o abuso de confianza de la posesión. En este sentido, vale decir que en este tipo de figuras delictivas caben todas las formas de posesión viciosa, sea por violencia o sean desposesiones subrepticias.
- b. **El apoderamiento de todo o parte de un inmueble conseguido por destrucción o alteración de los linderos.-** En este caso, el delito se consuma cuando se remueven las lindes de los predios, con el propósito de omitir las señales que los distinguen o diferencian.
- c. **La turbación de la posesión con violencia o amenazas contra el poseedor de un inmueble.-** La turbación de la posesión de un inmueble no constituye desposesión, sino una mera perturbación; pero la calificativa criminal del hecho reside en la violencia o en las amenazas que se utilicen contra el poseedor. La presencia amenazante dentro del

predio de una persona que lleva visible un arma de fuego es de por sí una turbación violenta de la posesión.³²³

El bien jurídico protegido en este tipo de Delitos contra el Patrimonio, según la doctrina no es uniforme, dado que existen opiniones diversas y en muchos casos opuestos que oscurecen el panorama.

Así, tenemos que para algunos tratadistas el bien jurídico es la propiedad inmobiliaria y para otros, lo que se protege son las cosas muebles y los derechos reales como parte integrante del bien jurídico complejo patrimonio. Por su parte, **Rojas Vargas**³²⁴ considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio, el objeto de la acción es la posesión o tenencia de inmuebles por terceros.

Teniendo en cuenta lo señalado por **Bramont-Arias Torres**³²⁵, considero que en este tipo de ilícitos, lo que se protege es el patrimonio, específicamente el disfrute de un bien inmueble y el ejercicio de un derecho real.

Finalmente, a modo de comentario, debo mencionar que si bien nuestra legislación actual tipifica el delito de usurpación en el **Art. 202º del Código Penal**, imponiendo penas benignas por la comisión de este delito, esto ha permitido que se incremente considerablemente la comisión de este tipo de ilícitos penales, ya sea de manera individual o de manera organizada por los conocidos y llamados traficantes de tierras, que se extienden a todo lo largo y ancho del Perú, atentando de esta forma contra el derecho de propiedad y creando inseguridad jurídica en la población.

Si analizamos nuestra realidad social vemos que el problema de usurpación existe tanto en la ciudad como en el campo, y los juzgados civiles y penales

³²³ CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). *Derechos Reales*. Editorial Cultural Cuzco. Lima - Perú. Pág. 442.

³²⁴ Rojas Vargas, Fidel. Estudios del Derecho Penal Doctrina Jurisprudencia. Editorial Jurista Editores. 2004. Pág. 254.

³²⁵ Bramont Arias Torres, Luis. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Editorial San Marcos. Cuarta Edición 1998. Pág. 354.

están abarrotados de demandas y denuncias que se refieren precisamente al despojo de su propiedad con diferentes métodos, como las amenazas, el engaño, el abuso de confianza y la forma violenta; siendo necesario poner un alto a esta situación con una legislación más precisa, con penas más efectivas y tipificando todas las formas de ejecución de este delito, dado que quienes justamente por la pena benigna existente en nuestro Código Penal, no sufren ninguna carcelería y vienen delinquiriendo de manera reiterada, afectando la propiedad privada impunemente.

Por tales motivos, pienso que las normas legales deben expedirse atendiendo a la realidad social, en concordancia con las protecciones que toda persona necesita para su desarrollo integral, siendo el derecho a la propiedad un derecho inherente a todo ser humano, la misma que está reconocida y protegida por todas las Constituciones del mundo.

2.2.5. LA CONCILIACIÓN

Para algunos autores, conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones diferentes. La conciliación tiene como intención solucionar pacíficamente el problema que afrontan determinadas voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberse promovido. Por otra parte, se puede entender a la conciliación como una forma de solucionar un problema entre dos o más personas con la colaboración de una tercera, denominada conciliador.

También, se suele considerar a la conciliación como una negociación asistida mediante la cual las partes involucradas en un conflicto acceden voluntariamente a permitir la intervención de un tercero (técnico e imparcial y con capacidad de proponer fórmulas conciliatorias) que sirve de asistente y facilitador entre ellas, en el logro de una solución concertada.³²⁶

³²⁶ GATICA RODRÍGUEZ y Otros (2001). *La Conciliación Extrajudicial*. Editorial APROPAZ. 2da. Edición. Lima - Perú. Pág. 151-154.

La conciliación viene a ser un MARC (Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflicto) y como nuestra legislación lo indica, permite a las partes solucionar un conflicto de intereses con la ayuda de un tercero. Por lo tanto, podemos describirla como un mecanismo de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales, asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable.

En ese sentido, el **Art. 5º de la Ley de Conciliación Nro. 26872**, señala que la Conciliación Extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

El Artículo 5 de la Ley de Conciliación Nro. 26872, fue modificado Por Decreto Legislativo Nro. 1070 de Fecha 28 de Junio del 2008, y define a la conciliación: “La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto”.

Por su parte, el **Art. 3º del Reglamento de la Ley de Conciliación (D.S Nº 004-2005-JUS)** la conciliación es una institución conse

A. CARACTERÍSTICAS Y/O ELEMENTOS DE LA CONCILIACIÓN:

- **Conflicto.-** Existe un conflicto, una controversia o una disputa entre dos o más partes que pueden ser: Personas Naturales, instituciones, comunidades, nacionales, etc.

- **Comunicación.-** Para resolver el conflicto las partes necesitan escucharse y entenderse mediante una comunicación directa y constructiva.
- **Conciliador.-** Para que haya una buena comunicación entre las partes que están en conflicto se requiere de la intervención de un tercero neutral, llamado Conciliador.
- **Autodeterminación.-** El resultado del proceso de conciliación depende mucho de la voluntad y el trabajo conjunto de las partes, aún cuando el conciliador haya intervenido en ello.
- **Confidencialidad.-** En este caso, se recomienda tanto a las partes como al conciliador guardar absoluta reserva sobre la información que se obtenga tanto en las sesiones privadas como en las conjuntas.³²⁷
- **Vinculación consensual.-** La conciliación es un proceso consensual por el cual las partes adoptan libremente un acuerdo (compromiso) determinado. El acuerdo es vinculante; es decir con carácter obligatorio, solo si las partes lo han aceptado libremente.
- **Voluntariedad.-** La conciliación es un mecanismo voluntario por el cual las partes libremente participan de un proceso de conciliación y exploran diversas alternativas de solución a su conflicto. Sin embargo, esta voluntariedad sufre algunas variaciones dependiendo del tipo de modelo conciliatorio por el que haya optado el legislador. Al respecto, el Código Procesal Civil ha legislado a favor de la realización de la Audiencia de Conciliación como fase obligatoria del proceso. La Ley de Conciliación (Extrajudicial), por su parte, ha establecido que la conciliación

³²⁷ GATICA RODRÍGUEZ y Otros (2001). *La Conciliación Extrajudicial*. Editorial APROPAZ. 2da. Edición. Lima - Perú. Pág. 79-80.

²⁷³ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Revista N° 3. Edición especial. Lima - Perú. Pág. 66-67.

extrajudicial deberá agotarse necesariamente en determinados procesos especificados en la Ley, porque ello constituirá requisito de procedibilidad.

- **Terceros.-** El tercero conciliador es elegido libremente por las partes, quienes necesitan la intervención del mismo, salvo en el caso de la conciliación procesal donde las partes no eligen a los magistrados del proceso encargados de cumplir funciones conciliatorias.
- **Conocimiento del fenómeno conflictivo por parte del tercero.-** El conciliador es una persona especializada en técnicas de conciliación y resolución de conflictos. Esta característica no está presente necesariamente cuando se asigna esta función a personas que forman parte de una categoría profesional como: abogados, asistentes sociales, fiscales, jueces, psicólogos, etc.
- **Informalidad.-** La conciliación es un procedimiento informal y práctico que no requiere de mayor formalidad para el logro de un acuerdo entre las partes.³²⁸
- **Naturaleza del procedimiento.-** El procedimiento conciliatorio es muy libre en cuanto a la presentación de pruebas, argumentos e intereses. No hay fases ni momentos definidos que impidan usar cualquier tipo de información, lo cual en algunos casos no es necesario. A nivel procesal la audiencia de conciliación se realiza antes de la actuación de pruebas.
- **Resultado.-** Las partes con la intervención del tercero, buscan un acuerdo mutuamente satisfactorio, es en virtud a ello que el conciliador tiene la facultad de proponer fórmulas de solución. Nuestro Código Procesal Civil en su Art. 326, establece que el Juez luego de escuchar a

²⁷⁴ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Revista N° 3. Edición especial. Lima - Perú. Pág. 66-67.

las partes propondrá la fórmula conciliatoria que crea conveniente para ambas partes.³²⁹

- **Privado.-** La conciliación es un acto esencialmente de carácter privado donde se encuentran directamente los implicados en el conflicto. A su vez, la privacidad se encuentra complementada por el principio de confidencialidad que es requisito vital para promover el intercambio abierto y franco de información entre las partes. Por la privacidad y confidencialidad, todos los partícipes de la audiencia conciliatoria están obligados a compartir la información producida durante el acto conciliatorio (Art. 2 y 8 de la Ley de Conciliación). A nivel procesal este principio colisiona con la publicidad de las audiencias procesales (Art. 472 y 206 del Código Procesal Civil y Art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
- **Control del Proceso.-** El proceso queda a cargo del conciliador quien fomenta una relación cooperativa y horizontal entre las partes. Las partes, por otro lado, son las únicas que tienen el poder de solucionar definitivamente el conflicto, a través del acuerdo al que lleguen. En este sentido, las partes y el conciliador comparten el control de la conciliación.³³⁰

B. CARÁCTER OBLIGATORIO DEL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

Al respecto, la Ley en su Art. 6 en concordancia con el Art.9, precisa que el procedimiento conciliatorio es un requisito de admisibilidad para los procesos, cuyas pretensiones sean determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes, es decir aquellos procesos que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de

³³⁰ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Revista N° 3. Edición especial. Lima - Perú. Pág. 66-67.

gananciales y otros que se deriven de la relación familiar. Eso anteriormente, ahora las **materias conciliables lo encontramos en el artículo 7 de la misma ley 26872 que se modifico con Decreto Legislativo Nro. 1070 de fecha 28 de Junio del 2008**, que hace mención de manera muy extensa las materias conciliables. Agregando a las pretensiones anteriores, la conciliación en materia laboral y en materia contractual.

Dichos Artículos 6 y 9 fueron modificados con **decreto legislativo Nro. 1070** de fecha 28 de Junio del 2008, en lo Cual hace mención en el artículo 6 “Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”. Como apreciamos existe una exigibilidad un protocolo que cumplir antes de interponer nuestra demanda de asistir a un centro de conciliación extrajudicial, porque si obviamos de plano el Juez lo declarará improcedente, por falta de interés para obrar. Pensamos que es una manera de fomentar la conciliación entre las partes, que se pongan de acuerdo se les asista en la solución de sus conflictos y no lleguen a la vía judicial. El artículo 9 hace mención a los casos que no es exigible la conciliación extrajudicial como por ejemplo: en los procesos de ejecución, en los procesos de tercería, en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio, en el retracto, cuando se trate de asamblea general de socios o asociados, en los procesos de impugnación judicial de acuerdos de Junta General de Accionista señalados en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150 de la misma ley, en los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental, y en los procesos contenciosos administrativos.

Sin embargo, no procede la conciliación extrajudicial según **artículo 7-A** cuando:

- La parte emplazada domicilia en el extranjero.

- Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.
- Existan procesos contencioso administrativo.
- Existan procesos cautelares.
- Los procesos son de ejecución.
- Se trate de garantías constitucionales.
- En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1,3 y 4 del artículo 221 del Código Civil.
- Se trate de casos de violencia familiar.
- Se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los Arts. 43 y 44 del Código Civil.
- En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.
- En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.

La conciliación será “**facultativa**” en aquellos casos en los que el Estado sea parte, cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral o, en aquellas controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o de faltas, siempre que no se haya fijado en resolución judicial firme.

C. MODALIDADES DE CONCILIACIÓN

Como se dijo anteriormente, la conciliación puede ser **procesal** e instalarse en el mismo curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello; o ser **preprocesal**, y en su caso, estar fuera de la noción jurisdicción para conceptuarlo como un mecanismo alternativo de composición a través de personas o instituciones debidamente respaldadas. De esta manera se distinguen dos modalidades:

1. La Conciliación Preprocesal.- Se denomina también conciliación extrajudicial porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar al litigio. La conciliación extrajudicial a veces impone como condición prejudicial y es

obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos, en otras depende de la voluntad de los interesados. En nuestro ordenamiento jurídico es de carácter obligatorio en la mayoría de casos y en otros es de carácter **facultativo**, pero efectiva y útil para resolver problemas de singular relieve y presencia.

En España, el acto de conciliación se impuso como un verdadero presupuesto de admisibilidad de la demanda (cuyo cumplimiento tenía que ser calificado por el Juez antes de dar curso a la pretensión), hasta que 1984 la Ley de Enjuiciamiento Civil quedó reglamentada con carácter facultativo.

2.- La Conciliación Procesal.- La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses. Se ha posicionado a la conciliación como el acto del proceso, oportuno y eficaz, teniendo como objetivo solucionar las controversias que se puedan suscitar entre las partes, sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso.

Al entender a la conciliación como acto procesal, se puede colegir que tiene como finalidad alcanzar un acuerdo voluntario en la diferencia de pretensiones sin necesidad de agotar una instancia judicial que, generalmente, es larga y fatigosa.

No hay duda que resulta conveniente intentar una conciliación, porque si es preprocesal servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera que existen probables alternativas de composición. Si fuese jurisdiccional, la ventaja está en el conocimiento que toma el Juez sobre el problema que deberá afrontar y quiénes son las partes en el proceso.

Por otra parte, si la conciliación no fuese alcanzada, la misma audiencia debe servir para depurar la materia en controversia, fijar los hechos en discusión, etc. En cambio, si la conciliación entre las partes fuese lograda el Juez deberá encuadrar la figura concertada con las previstas al efecto por el Código Civil (renuncia, transacción, remisión, novación, etc.) y las que obren

correspondientes en el derecho procesal (allanamiento, desistimiento, transacción).

D. CONCEPTO GENERAL DE ACUERDO CONCILIATORIO

De acuerdo a lo previsto en el Art. 5 del Reglamento de la Ley de Conciliación, el acuerdo conciliatorio viene a ser fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias. La validez de dicho acuerdo está sujeta a la observancia de las formalidades solemnes, previstas en la Ley, bajo sanción de nulidad. Modificado con el Decreto Legislativo Nro. 1070 en el cual se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un Centro de Conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

E. EL ACUERDO CONCILIATORIO EN EL CASO ESPECÍFICO (Proceso de Desalojo)

En el caso concreto (Procesos de Desalojo), el acuerdo conciliatorio es una de las formas de poner fin al proceso que consiste en un acuerdo entre demandante y demandado, por el que este último se compromete en restituir el bien a su legítimo tenedor en la oportunidad pactada.

Un proceso concluye con la aprobación de la conciliación de las partes contendientes. La cual tiene el mismo efecto que la sentencia y autoridad de cosa juzgada, lo que ciertamente habilita al demandante para solicitar la ejecución, de conformidad con el Art. 327 y 328 del Código Procesal Civil.³³¹

El Art. 713 del Código Procesal Civil señala cuales son los títulos de ejecución en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales como en el presente

³³¹ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Lima - Perú. Pág. 185.

caso lo constituye el Acuerdo Conciliatorio, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Art. 323 al 329 del Código Procesal Civil.

Podemos señalar que los actos de composición voluntaria (allanamiento, desistimiento, transacción, conciliación) solamente tienen validez una vez que el Juez los acepta, otorgándoles definitivamente implicancia jurídica. **La cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes.**³³²

Al respecto, es preciso señalar que de los expedientes revisados las materias conciliadas más frecuentemente en el ámbito civil han sido desalojo y obligación de dar suma de dinero o pago de dólares y pago de soles. En los Juzgados de Familia han sido las de tenencia, alimentos y régimen de visitas. Las materias con mayor incidencia en los Juzgados de Paz Letrado fueron desalojo, alimentos y obligación de dar suma de dinero.

F. EL ACUERDO CONCILIATORIO EN LOS DIVERSOS PROCESOS CIVILES QUE SE HAN REVISADO.

- **Desalojo.-** En las actas conciliatorias sobre los casos de desalojo, se han encontrado algunos acuerdos en los que se estatuye la desocupación del inmueble, o el pago de arriendos y/o la prórroga del contrato, mas no la salida del ocupante de determinado inmueble.
- **Obligación de dar suma de dinero.-** Generalmente, los acuerdos en este tipo de procesos recaen en la suscripción de dos acuerdos reales: el establecimiento del monto a pagar y la forma de pago.

³³² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1997). Citado por Juan Monroy Gálvez. *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. La Conciliación en el Código Procesal Civil del Perú: Teoría y Técnica*. Editorial PUCP. Lima - Perú. Pág. 59-71.

- **Alimentos.-** Aparte del acuerdo sobre la dación de una pensión alimenticia, en algunas actas se incluye el reconocimiento de paternidad. En cuanto al pago de las pensiones devengadas de alimentos está contemplado excepcionalmente dentro de los términos de las conciliaciones por alimentos. Sin embargo, existen algunos acuerdos conciliatorios sobre la exoneración de pensiones devengadas.
- **Tenencia.-** Generalmente, las actas de conciliación se relacionan con acuerdos sobre tenencia y eventualmente, el régimen de visitas o el establecimiento de la pensión alimenticia.
- **Régimen de visitas.-** En su mayoría las audiencias de conciliación reportan un solo acuerdo referido al régimen de visitas. Del mismo modo, hemos notado que el régimen de visitas se centra generalmente en regular la visita semanal, no siendo tan frecuente incluir acuerdos sobre otras festividades u ocasiones importantes para la familia a lo largo del año.³³³

2.2.6. ¿CUÁNDO PROCEDE DECLARAR EN ABANDONO EL PROCESO?

En un gran número de expedientes revisados sobre demandas de desalojo se ha podido observar que se da la figura de abandono del proceso, lo cual se debe a innumerable causas. Por ello, se ha creído conveniente tratar este punto y se puede decir en principio que, el abandono importa una conclusión especial del proceso, que extingue la relación procesal y que se configura después de un período de tiempo en virtud de la inactividad de las partes, pues opera cuando el proceso permanece en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse.

Generalmente, se declara el abandono del proceso, debido a que por inactividad de la parte demandante no se lleva a cabo la audiencia de

³³³ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Lima - Perú. Pág. 96-97.

saneamiento procesal y conciliación, respectivamente; es decir que muchas veces la parte demandante o demandada no concurre a la audiencia respectiva, logrando de esa manera que el juzgado tome la decisión de declarar el abandono del proceso, a través de una resolución que perjudica obviamente a la parte interesada.³³⁴

3. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE LAS VARIABLES:

EN LA HIPÓTESIS PRINCIPAL:

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR O DATO	CÓDIGO
Independiente	Auto admisorio de la pretensión de desalojo	Nominal	Falta de Pago, Vencimiento de Contrato	X	1
			Incumplimiento de Contrato	X	2
Dependiente	Sentencia que pone fin al proceso	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

VARIABLES:

³³⁴ Revista de Normas Legales (2003). *Doctrina, Jurisprudencia y Actividad Jurídica*. Año LXIII. Tomo 331. Volumen II. Trujillo - Perú. Pág. 173.

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Se ha establecido como variable independiente a las demandas de desalojo por las causales de: falta de pago, vencimiento del contrato y otros como el incumplimiento de contrato que se presenta en los siguientes casos:

- **Posesión ilegal del inmueble.-** Se presenta cuando el propietario de un inmueble deja el mismo bajo guardiana de una persona y a su solicitud de devolución éste se niega a desocupar el inmueble.
- **Subarriendo sin autorización del arrendador.-** Este caso se da cuando el arrendatario arrienda (subarriendo) total o parcialmente el inmueble a una tercera persona.
- **Uso distinto del inmueble al pactado en el contrato de arrendamiento.-** Este caso se presenta cuando el arrendatario utiliza el inmueble para un fin distinto al pactado, como sucede cuando se arrienda para casa-habitación y se utiliza para local comercial.
- **Incumplimiento en la entrega del inmueble en el contrato de compraventa.-** Se presenta cuando el vendedor se compromete a entregar la posesión del inmueble para una fecha determinada y no cumple.
- **Arriendo a título individual de bien de propiedad de un condominio de varios propietarios.-** Se presenta cuando el inmueble es arrendado por uno de los condóminos sin autorización de los otros, ya que se requiere unanimidad entre ellos para poder válidamente arrendar un inmueble.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

INDICADORES:

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto admisorio de la demanda con la pretensión de desalojo.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** Resoluciones Judiciales o Actas de Conciliación.

SISTEMA DE MEDICIÓN:

* Nominal en ambas variables.

CATEGORÍAS:

* Se señala el tipo de causal de desalojo en el contrato de arrendamiento u otros: comodato, compraventa, etc.

* Se establece si la demanda de desalojo es estimada, ya sea Fundada o no.

VALOR O DATO:

* **(X)** Significa causal de desalojo por falta de pago, vencimiento de contrato y otros (incumplimiento de contrato, posesión ilegal del inmueble, subarriendo del inmueble sin autorización del arrendador, entre otras).

* **(X)** Se ha establecido que para las sentencias o actas de conciliación que ordenen la restitución del inmueble como valor, dato o respuesta se han agrupado en dos, el primer grupo para las sentencias que ordenan la restitución y un segundo grupo en las que se desestima el pedido.

CÓDIGOS:

PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:

a. Se ha establecido como código el **Nro.1** en la variable independiente para las causales de desalojo por falta de pago y vencimiento de contrato.

- b. Se ha establecido como código al **Nro.2** en la variable independiente para las causales de desalojo distintas a falta de pago y vencimiento de contrato.

PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:

- a. Se ha establecido como código el **Nro.1** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que ordenan la restitución de la posesión del inmueble.
- b. Se ha establecido como código al **Nro.2** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que desestiman el pedido de restitución de la posesión del inmueble.

EN LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1:

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	DATO, VALOR O RESPUESTA	CÓDIGOS
Independiente	Demanda de Desalojo	Nominal	Falta de Pago	X	1
			Vencimiento de Contrato, Incumplimiento de	X	2

			Contrato		
Dependiente	Sentencia que pone fin al proceso	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

VARIABLES:

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Demanda de Desalojo por la causal de falta de pago y otras como: el vencimiento de contrato, el incumplimiento del contrato de arrendamiento.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

INDICADORES:

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto admisorio de la demanda con la pretensión de desalojo.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** Resoluciones Judiciales o Actas de Conciliación.

SISTEMA DE MEDICIÓN:

* Nominal en ambas variables.

CATEGORÍAS:

* Se señala el tipo de causal de desalojo en el contrato de arrendamiento u otros: comodato, compraventa, etc.

* Se establece si la demanda de desalojo es estimada, ya sea Fundada o no.

CÓDIGOS:

PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE:

- a. Se ha establecido como código el **Nro.1** en la variable independiente para las causales de desalojo por falta de pago de los arriendos en el contrato de arrendamiento.
- b. Se ha establecido como código al **Nro.2** en la variable independiente para las causales de desalojo distintas a falta de pago como son: vencimiento de contrato, incumplimiento de contrato en los casos de posesión ilegal del inmueble, subarriendo sin autorización del arrendador, uso distinto del inmueble al pactado en el contrato de arrendamiento, etc.

PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:

- a. Se ha establecido como código el **Nro.1** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que ordenan la restitución de la posesión del inmueble.
- b. Se ha establecido como código al **Nro.2** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que desestiman el pedido de restitución de la posesión del inmueble.

- EN LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2:

VARIABLES	INDICADOR	SISTEMA DE MEDICIÓN	CATEGORÍAS	VALOR	DATO
Independiente	Demanda de Desalojo	Nominal	Falta de Pago, Incumplimiento de contrato	X	1
			Vencimiento de Contrato	X	2
Dependiente	Sentencia que pone fin al proceso	Nominal	Fundada	X	1
			Infundada	X	2

VARIABLES:

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Demanda de Desalojo por las causales de falta de pago, incumplimiento de contrato y otras que conlleven a la resolución del contrato de arrendamiento como: el vencimiento de contrato.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** La última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) que dispone la restitución de la posesión del inmueble.

INDICADORES:

* **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Auto Admisorio de la demanda con la pretensión de desalojo.

* **VARIABLE DEPENDIENTE:** Resoluciones Judiciales o Actas de Conciliación.

SISTEMA DE MEDICIÓN:

* Nominal en ambas variables.

CATEGORÍAS:

* Se señala el tipo de causal de desalojo en el contrato de arrendamiento u otros: comodato, compraventa, etc.

* Se establece si la demanda de desalojo es estimada, ya sea Fundada o no.

CÓDIGOS:

*** PARA LA VARIABLE INDEPENDIENTE.**

- a. Se ha establecido como código el **Nº 1** en la variable independiente a la causal de desalojo por falta de pago y al incumplimiento del contrato de arrendamiento.
- b. Se ha establecido como código al **Nº 2** en la variable independiente para las causales de desalojo distintas a falta de pago e incumplimiento de contrato como el vencimiento de contrato, el cual determina la resolución del contrato de arrendamiento.

*** PARA LA VARIABLE DEPENDIENTE:**

- a. Se ha establecido como código el **Nº 1** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que ordenan la restitución de la posesión del inmueble.
- b. Se ha establecido como código al **Nº 2** en la variable dependiente para las sentencias o actas de conciliación en los procesos de desalojo que desestiman el pedido de restitución de la posesión del inmueble.

❖ **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA ACTUALIZADA PARA LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA.**

- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires – Argentina. Editorial Ediar. 1946.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Proceso Sumarísimos: Doctrina y Jurisprudencia. Lima – Perú. Gaceta Jurídica Editores. 2000.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia Actual Tomo IV. Lima – Perú. Gaceta Jurídica Editores. 2001.
- MESINAS MONTERO, Federico. Las Medidas Temporales sobre el Fondo. En Gaceta Jurídica. 1999.
- PALACIOS GARCÍA, Luis. Arrendamiento, Comodato, Desalojo: De acuerdo al nuevo Código Procesal Civil de 1991. Lima – Perú. Ediciones Jurídicas. 1992.
- PALMER OLIDEN, Carmen Julia. El contexto de Justificación de las Medidas Temporales sobre el Fondo. En Revista Jurídica del Perú N° 27. Volumen 51. Octubre 2001.
- TARAMONA, José Rubén. Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares: Teórico - Práctico. Lima – Perú. Editora Huallaga. 1996.
- VELA GALLO, Francisco. Derecho Procesal Civil. Procesos Especiales y No Contenciosos. Lima – Perú. Editora Jurídica Grijley. 1993.
- **ANEXOS:**

* 200 Fichas Técnicas para la recolección de datos.

3.1. DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN PARA CADA VARIABLE.

* **FUENTE DIRECTA:** Expedientes.

¿QUÉ ES UN EXPEDIENTE?

- Es el medio que se emplea para conseguir algún fin. Negocio que se sigue sin juicio contradictorio en un tribunal o conjunto de papeles referentes a un asunto.³³⁵
- Es una serie ordenada de actuaciones judiciales en los actos de jurisdicción voluntaria.³³⁶

De ambos conceptos, se puede señalar que un expediente viene a ser el conjunto de documentos que son actuados en la vía judicial desde el momento que son presentados voluntariamente para iniciar un proceso judicial, con la finalidad de obtener tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, es preciso establecer que para la **VARIABLE INDEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y las Hipótesis Específicas se ha tenido como fuente de información a las demandas de desalojo en sus diferentes tipos como son el vencimiento de contrato, la falta de pago y otros.

Para la **VARIABLE DEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y Específicas se ha utilizado las resoluciones que han puesto fin a la instancia como son las Sentencias y los Acuerdos de Conciliación.

³³⁵ Diccionario Larousse (1992). Ediciones Larousse. Pág. 451.

³³⁶ Diccionario de la Real Academia Española (1992). Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid - España. Pág. 934.

4. LAS HIPÓTESIS QUE ORIENTAN LA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA.

4.1. LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERAL Y ESPECÍFICAS. FUNDAMENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS Y DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES

A. LAS HIPÓTESIS TEÓRICAS: GENERAL Y ESPECÍFICAS

*** HIPÓTESIS PRINCIPAL:**

Versa sobre la existencia de una relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por las causales de falta de pago, vencimiento de contrato de arrendamiento u otros contratos como el comodato, la compraventa, etc. con la última sentencia obtenida favorablemente para el demandante; en términos que si la mayoría de los procesos judiciales de desalojo concluyen de manera satisfactoria para la parte demandante constituye un contrasentido que se exija para la ejecución de la medida cautelar sobre el fondo que se encuentre acreditado además del derecho a la restitución del inmueble, que éste se encuentre en estado de abandono.

Esta situación ocasiona una innecesaria dilación en la restitución de la posesión del inmueble al demandante que regularmente demora muchos años; situación que ocasiona serios perjuicios económicos de manera injusta y que se revertiría de manera razonable con la supresión de tal requisito, que inclusive no es exigido a nivel de la legislación comparada.

*** HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 1:**

Versa sobre la relación directa que existe entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por la causal de falta de pago en relación con otras que puedan resolver el contrato de arrendamiento, como son: el vencimiento de contrato, el incumplimiento del contrato; en términos que la última sentencia (que pone fin al proceso) es declarada fundada con el sentido favorable para el

demandante; lo cual le va a permitir a éste último recuperar la posesión inmediata del inmueble.

*** HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 2:**

Se establece la relación directa que existe entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo que tengan como causal el incumplimiento de contrato y la falta de pago y otras como el vencimiento de contrato que puedan determinar la resolución del contrato de arrendamiento y la última sentencia obtenida favorablemente para el demandante.

B. FUNDAMENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

*** LA HIPÓTESIS PRINCIPAL**.- Se fundamenta en la existencia de una relación directa entre el tipo de petitorio de las demandas de desalojo por las causales de falta de pago, vencimiento de contrato de arrendamiento y otros contratos como el comodato, la compraventa, etc. con la última sentencia o acuerdo conciliatorio obtenida favorablemente, de modo tal que se ordena o acuerda la restitución del inmueble al demandante; en términos que si la mayoría de los procesos judiciales de desalojo concluyen de manera satisfactoria para la parte demandante constituye un contrasentido que se exija para la ejecución de la medida cautelar sobre el fondo que se encuentre acreditado además del derecho a la restitución del inmueble, que éste se encuentre en estado de abandono.

Esta situación ocasiona una innecesaria dilación en la restitución de la posesión del inmueble al demandante que regularmente demora muchos años; situación que ocasiona serios perjuicios económicos de manera injusta y que se revertiría de manera razonable con la supresión de tal requisito, que inclusive no es exigido a nivel de la legislación comparada.

*** LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA NRO. 1**.- Tiene como fundamento la relación existente entre la causal de desalojo por Falta de Pago y otras causales en las que pueda incurrir el contrato de arrendamiento, las cuales pueden determinar

la resolución del mismo, así tenemos: vencimiento de contrato, incumplimiento de contrato; y la última resolución (sentencia o acuerdo conciliatorio) al disponerse la restitución del inmueble al demandante.

En este caso, se sugiere descartar el requisito de abandono del inmueble para que recién se pueda conceder una medida cautelar sobre el fondo al demandante, a pesar de acreditarse el derecho a la restitución inmediata del inmueble se le exige acreditar el abandono del inmueble, lo cual se considera injusto y perjudicial en el ámbito económico para el demandante. Además, se evitaría la dilación del proceso que pese a ser sumarísimo tiende a demorar muchos años, según se ha podido observar en los expedientes estudiados.

* **LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA NRO.2.**- Tiene como fundamento a la relación directa que existe entre la demanda de desalojo interpuesta por la causal de falta de pago, incumplimiento de contrato y otras causales (vencimiento de contrato) en las que puede incurrir el contrato de arrendamiento, lo cual determine su posterior resolución; y la última sentencia o acuerdo conciliatorio que dispone la restitución de la posesión del inmueble al demandante.

Para el caso específico se sugiere suprimir el requisito de abandono del inmueble para que recién se pueda solicitar una medida cautelar sobre el fondo, lo cual se considera que es injusto y perjudicial en el ámbito económico para la parte demandante. Además, se evitaría la dilación del proceso que pese a ser sumarísimo tiende a demorar muchos años, según se ha podido observar en los expedientes estudiados, a través de las fichas técnicas.

4.2. DEFINICIÓN TEÓRICA DE LAS VARIABLES

A. DEMANDA JUDICIAL DE DESALOJO

Es el acto procesal que da inicio al proceso, que es formulada por el demandante ante el órgano jurisdiccional competente. Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional, la cual viene a ser el derecho público subjetivo para acceder al órgano jurisdiccional, el cual es independiente e

imparcial, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respetan los derechos que corresponden a las partes; así como para que dicho órgano jurisdiccional emita una decisión sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad pueda ejecutar esa resolución.³³⁷

La pretensión es una declaración de voluntad del demandante para que se vincule al demandante en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante la sentencia. Los sujetos de la pretensión son el demandante y el demandado, y en los procesos de jurisdicción voluntaria es solo el demandante.

Su objeto es obtener una sentencia favorable mediante el petitum de la demanda y la causa petendi la forman los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de la relación jurídico material sustancial que se pretende.³³⁸

B. ACUERDO CONCILIATORIO

Es una de las formas de poner fin al proceso que consiste en un acuerdo entre demandante y demandado, por el que este último se compromete en restituir el bien a su legítimo tenedor en la oportunidad pactada.

Un proceso concluye con la aprobación de la conciliación de las partes contendientes. La cual tiene el mismo efecto que la sentencia y autoridad de cosa juzgada, lo que ciertamente habilita al demandante para solicitar la ejecución, de conformidad con el Art. 327 y 328 del C.P.C.³³⁹

³³⁷ OVALLE FAVELA, José (1996). *Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Mc Graw Hill Serie Jurídica. México. Pág. 72.

³³⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo (1979). *Principios del Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis Librería. Bogotá - Colombia. Pág. 156-157.

³³⁹ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Lima - Perú. 2000. Pág. 185.

El Art. 713 del C.P.C señala cuales son los títulos de ejecución en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales como en el presente caso lo constituye el Acuerdo Conciliatorio, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Art. 323 al 329 del C.P.C.

C. RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR FALTA DE PAGO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Un contrato de este tipo se resuelve cuando existe la causal de falta de pago de la renta; es decir si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos tal como lo prescribe el Art. 1697, inc.1) del Código Civil.

D. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR VENCIMIENTO DEL PLAZO

En este caso, se resuelve el arrendamiento de duración determinada cuando se vence el plazo que haya sido establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas, tal como lo estipula el Art. 1699 del Código Civil. Sin embargo, en el caso del contrato de arrendamiento de duración indeterminada se pone fin al mismo dando un aviso judicial o extrajudicial al otro contratante, según el Art. 1703 del Código Civil.

4.3. LAS HIPÓTESIS OPERACIONALES O DE TRABAJO.

A. Demandas judiciales de desalojo cuyo petitorio verse en los supuestos siguientes:

- Vencimiento del plazo de contrato de arrendamiento.
- Falta de Pago de los arriendos en el contrato de arrendamiento.

B. Acuerdo Conciliatorio.- Es una de las formas de poner fin al proceso que consiste en un acuerdo entre demandante y demandado, por el que este último se compromete en restituir el bien a su legítimo tenedor en la oportunidad pactada.

Un proceso concluye con la aprobación de la conciliación de las partes contendientes. La cual tiene el mismo efecto que la sentencia y autoridad de cosa juzgada, lo que ciertamente habilita al demandante para solicitar la ejecución, de conformidad con el Art. 327 y 328 del C.P.C.³⁴⁰

El Art. 713 del C.P.C señala cuales son los títulos de ejecución en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales como en el presente caso lo constituye el Acuerdo Conciliatorio, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Art. 323 al 329 del C.P.C. Otros supuestos de incumplimiento de contrato de arrendamiento u otras figuras contractuales en las que una de las partes se encuentra obligada a la restitución del inmueble.

C. Las Sentencias de desalojo o acuerdos conciliatorios que ponen fin al proceso de manera definitiva la restitución de la posesión del inmueble.

* Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente el uso de un determinado bien al arrendatario por una renta convenida, de conformidad con lo establecido en el Art. 1666 del Código Civil. La cesión temporal del uso de un bien es una de las características tipificantes de este contrato, la temporalidad se encuentra en relación con el plazo que puede ser de duración determinada o indeterminada; se trata de una relación obligatoria y duradera porque se desenvuelve durante un período de tiempo más o menos prolongado teniendo por tanto una pervivencia temporal, ya que el arrendatario deberá finalmente devolver el bien arrendado.

³⁴⁰ ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Academia de la Magistratura. Lima - Perú. Pág. 185.

En función de la duración de la prestación hay que decir que de las prestaciones que surgen de un contrato de arrendamiento son también prestaciones duraderas, porque el comportamiento previsto en el contrato para que sea realizado por los deudores perdura a lo largo de un período determinado.

Así, tenemos que la prestación del arrendatario es, en principio, una prestación duradera periódica porque el comportamiento de pagar una renta en los períodos estipulados debe repetirse con intervalos de tiempo.

A su turno, la prestación del deudor-arrendador es una prestación duradera continuada porque el comportamiento de mantener al arrendatario en el uso del bien debe realizarse a lo largo del tiempo sin interrupción alguna.³⁴¹ Sin embargo, la vigencia del contrato se ve interrumpida por determinados supuestos que ponen fin a la relación contractual mediante causales legales o convencionales establecidas por las partes que ocasionan que se produzca la resolución del respectivo contrato y por ende la conducción del inmueble se convierte en ilegítima o precaria. A título de ilustración podemos mencionar la falta de pago, el subarriendo, el uso indebido, el uso distinto al pactado por las partes contemplados en el Art. 1667 del Código Civil.

* Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además 15 días o si se pactan por períodos mayores; es decir más de 2 meses y 15 días basta el vencimiento de un solo período y además 15 días o si se conviene por períodos menores a un mes basta que se venzan tres períodos, de conformidad con el Art. 1697- numeral 1ro. Del Código Civil.

* En el caso de la conclusión del arrendamiento de duración determinada este concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas, vencido el plazo del contrato si el arrendatario sigue en permanencia del uso del bien arrendado, no se entiende

³⁴¹ MARTÍNEZ COCO, Elvira (1997). *Ensayos de Derecho Civil I*. Editorial San Marcos. Lima - Perú. Págs. 320-321.

que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento. De modo tal, que se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante, de conformidad con los Arts. 1700 y 1703 del Código Civil.

5. LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS.

5.1. LA DEFINICIÓN DEL UNIVERSO DE POBLACIÓN BAJO ESTUDIO (N) Y LA UNIDAD DE ANÁLISIS (S).

El universo de estudio (**N**) está constituido por los 1000 expedientes revisados de los cuales solo han sido seleccionados 200 expedientes sobre desalojo, ya sea como pretensión principal o como pretensión accesorio.

La unidad de análisis (**S**) constituye cada elemento componente del universo de estudio (**N**), es decir cada uno de los expedientes seleccionados constituyen la unidad de análisis. Por ello, se ha aplicado el Método de Selección de la Muestra Simple en virtud de la información obtenida de expedientes concluidos en los que aparece el Acta de Restitución del Inmueble.

No han sido tomados en cuenta los procesos de desalojo en los que ha habido negligencia por parte del demandante y de su abogado en el impulso del proceso que da como consecuencia la declaración judicial de abandono por estar paralizados en el órgano jurisdiccional durante 4 meses.

5.1.1. EL DISEÑO DE LA MUESTRA (n).

A. DEFINICIÓN DEL TIPO DE MUESTRA: SIMPLE AL AZAR.

La muestra es la que se simboliza como “n” (ene minúscula). La teoría del muestreo se basa en un principio universal en la que para conocer el todo es suficiente conocer una parte. Debemos acotar que la muestra tiene que ser

probabilísticamente y estadísticamente significativa; en virtud del cual estas técnicas estadísticas nos permiten que el 95% de la muestra represente el universo.

Para el caso específico, se está trabajando con la Muestra Simple al Azar, la cual parte del supuesto que el universo de población es homogéneo.

B. CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA (USO DE LA FÓRMULA ESTADÍSTICA APROPIADA)

El tamaño de una muestra simple al azar estadísticamente significativa para poblaciones finitas se determina con la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ * N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 PQ}$$

Donde:

Z = Desviación estándar.

E = Error de Muestra.

P = Probabilidad de ocurrencia de los casos.

Q = 1-P

N = Universo de 127 expedientes de desalojo.

S = Es cada unidad de expediente de desalojo seleccionado.

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa:

Z = 1.96 (95%)

E = 0.05 (5%)

P = 0.5 (50%)

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ * N)}{(E)(N-1) + (Z)^2 PQ}$$

Para efectos del cálculo del tamaño de nuestra muestra, considerando N = 95, tenemos lo siguiente:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5 \times 0.5) 200}{(0.05) (200 - 1) + (1.96)^2 (0.5 \times 0.5)}$$

$$n = \frac{3.8416 (0.25 \times 200)}{0.0025 (199) + 3.8416 (0.25)}$$

$$n = \frac{3.8416 (50)}{0.4975 + 0.9604}$$

$$n = \frac{192.08}{1.4579}$$

$$n = 131,75$$

n = 132

* De un universo de **200** casos el Tamaño de la Muestra es de **132**.

C. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Para efectos de seleccionar las unidades de análisis se establecieron las siguientes pautas:

- La tabla se ha utilizado de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha.

- Se enumeraron correlativamente todas las fichas técnicas que contienen los datos pertinentes, para el estudio de los expedientes sobre procesos de desalojo.
- Se ha determinado el número de dígitos tomando en cuenta los dígitos del tamaño del universo, que en nuestro caso $N = 200$; es decir 3 dígitos.

A continuación, se presenta la siguiente Tabla de Números Aleatorios, utilizada para la Selección de la Muestra, las mismas que aparecen con negritas y subrayado:

*** TABLA DE MUESTRA SELECCIONADA EN ORDEN CORRELATIVO**

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 **18 19 20 21** 22 23 **24** 25 26 27 **28 29**
30 31 **32** 33 **34** 35 36 37 **38** 39 40 **41 42** 43 **44** 45 **46 47 48 49 50 51** 52 53 54
55 56 57 58 **59** 60 **61 62 63 64 65** 66 67 **68 69** 70 **71 72 73 74** 75 **76 77 78 79**
80 81 82 83 **84 85 86 87 88 89** 90 91 92 **93 94 95** 96 **97 98** 99 **100 101 102 103**
104 105 106 107 **108** 109 **110** 111 **112 113** 114 115 116 **117 118 119 120** 121
122 123 124 125 126 127 **128 129 130 131 132 133 134 135 136** 137 **138 139**
140 141 142 143 144 145 146 **147** 148 149 **150** 151 **152 153 154 155 156 157**
158 159 **160** 161 **162** 163 164 **165 166** 167 **168 169 170 171** 172 **173 174 175**
176 177 178 179 180 **181 182** 183 **184** 185 186 **187 188 189 190 191 192 193**
194 195 196 **197** 198 199 200

- De un universo de **200** casos, la Selección de la Muestra arroja la cantidad de **132** unidades de análisis.
- Asimismo, es preciso señalar que de las **132** unidades de análisis, **68** unidades “**no son aplicables**”.

D. LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la selección de la información se han revisado las demandas judiciales sobre pretensiones principales o accesorias de desalojo en sus diversas clases, así como las resoluciones judiciales o acuerdos conciliatorios que han puesto fin al proceso, en el primer caso con sentencias fundadas o infundadas y en el segundo con acuerdos en los que se establece la restitución del inmueble en determinadas condiciones estipuladas por las partes, las mismas que deben favorecer y a la vez ser cumplidas por ambas partes (demandante y demandado)

D.1. DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE DATOS PARA CADA VARIABLE DE LA HIPÓTESIS.

- Para la **VARIABLE INDEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y las Hipótesis Específicas se ha tenido como fuente de información a las demandas de desalojo en sus diferentes tipos como son: el vencimiento de contrato, la falta de pago, el incumplimiento del contrato y otras causales en las que pueda incurrir el contrato de arrendamiento para su resolución como la posesión ilegal del inmueble, el subarriendo del inmueble sin autorización del arrendador, el uso del inmueble distinto a lo pactado en el contrato de arrendamiento, etc.
- Para la **VARIABLE DEPENDIENTE** de la Hipótesis Principal y Específicas se ha utilizado las resoluciones que han puesto fin a la instancia como son las Sentencias y los Acuerdos de Conciliación en Primera Instancia.

D.2. ELABORACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Se diseñó una Ficha Técnica con la finalidad de recoger los datos necesarios de cada unidad de análisis seleccionada cuyo detalle es el siguiente:

- Nro. de Expediente.
- Juzgado al que pertenece.
- Causal de demanda de desalojo: Vencimiento de Contrato, Falta de Pago y Otros.
- Fecha de presentación de la demanda.
- Fecha de Contestación de la demanda.
- Fecha de Sentencia en 1ra. Instancia (Fundada o Infundada).
- Indicar si se solicitó Medida Cautelar.
- Fecha de Sentencia en 2da. Instancia (Fundada o Infundada).
- Fecha de Restitución del inmueble.
- Fecha de la Sentencia del Recurso de Casación.

Seguidamente una vez llenadas las fichas técnicas y seleccionadas las unidades de análisis se procedió a llenar la Matriz para el respectivo estudio de las variables (Independiente y Dependiente).

D.3. DESCRIPCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Este trabajo de investigación está fundamentalmente orientado a establecer cuáles son las situaciones de hecho que se presentan en la realidad respecto al problema planteado. Por ello, se ha utilizado la técnica de revisión de expedientes sobre procesos de desalojo concluidos, utilizando como instrumento las fichas técnicas que contienen las preguntas pertinentes al caso específico.

La organización del presente trabajo de investigación; es decir, la preparación para la ejecución de las fichas técnicas, se ha realizado de la siguiente manera:

- En primer término se cursó un oficio al Jefe del Archivo General de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fin de solicitarle se nos autorice revisar expedientes de desalojo concluidos.
- Para proceder a la recopilación de datos que contenían los expedientes de desalojo se elaboraron fichas técnicas, las cuales sirvieron solo en principio.
- Para que la obtención de la información sea más didáctica se elaboraron otro tipo de fichas preestablecidas (tipo formato), en las cuales se detallaba de manera más ordenada los datos que se requerían para este trabajo de investigación.
- Se ha revisado un universo de 1000 Expedientes para obtener la información descrita anteriormente, los cuales provienen de los siguientes Juzgados:
 - 1er. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1995-1998.
 - 2do. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1995.
 - 3er. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1994.
 - 4to. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1994.
 - 5to. Juzgado Civil de Lima. 1996.
 - 6to. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1994-1996.
 - 7mo. Juzgado Civil de Lima. 1995-1996.
 - 8vo. Juzgado Civil de Lima. 1994-1995-1996.

- 9no. Juzgado Civil de Lima. 1994.
- 11 Juzgado Civil de Lima. 1993-1995-1996.
- 18 Juzgado Civil de Lima. 1995.
- 19 Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 20 Juzgado Civil de Lima. 1995-1998-1999.
- 21 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1993-2000.
- 23 Juzgado Civil de Lima. 1995.
- 24 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1996-1997.
- 27 Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 28 Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 29 Juzgado Civil de Lima. 1995-1999.
- 48 Juzgado Civil de Lima. 1998.
- 49 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. 1996.
- 58 Juzgado Civil de Lima. 1997-1999.
- Juzgado Especializado en lo Civil de Vitarte. 1996.
- Juzgado Especializados en lo Civil del Cono Este. 1996.
- 4to. Juzgado de Paz Letrado de Lima. 1999-2003.
- 5to. Juzgado de Paz Letrado de Lima. 2001-2003.
- 6to. Juzgado de Paz Letrado de Lima. 2000.
- 2do. Juzgado de Paz Letrado de El Agustino. 1994.

D.4. FORMAS DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA.

Se hizo un control aleatorio de los expedientes revisados en el Archivo General de la Corte Superior de Lima, en virtud del cual se tuvo que hacer un seguimiento a un mínimo de 25 expedientes para verificar que los datos consignados en la información obtenida sean reales y de esa manera confirmar que los mismos no contrastan con la realidad.

6. ELABORACIÓN DE LA MATRIZ DE DATOS

Para ello se procesaron las 132 unidades de análisis y las variables independientes, tanto de la Hipótesis Principal como de las Específicas 1 y 2 así como también, las variables dependientes de la Hipótesis Principal y de las Hipótesis Específicas 1 y 2, respectivamente.

MATRIZ DE DATOS CON UNIVERSO DE TRES CIFRAS (200 CASOS)

N			Vs.			V.I			V.D.
						H.P	H.E.1	H.E2	
s	1					1	2	2	1
s	2					2	2	1	1
s	3					1	2	2	1
s	4					2	2	1	2
s	5					1	2	2	1
s	6	NO		SE	APLIC A				
s	7					1	1	1	1
s	8	NO		SE	APLIC A				
s	9					2	2	1	1
s	10					1	2	2	1
s	11					1	1	1	1
s	12					1	2	2	2
s	13					1	1	1	1
s	14					1	1	1	1
s	15					2	2	1	1
s	16	NO		SE	APLIC A				
s	17	NO		SE	APLIC A				
s	18					1	1	1	1
s	19					2	2	1	1
s	20					1	1	1	1
s	21					1	1	1	1
s	22	NO		SE	APLIC A				

s	23	NO	SE	APLIC A		
s	24		1	2	2	1
s	25	NO	SE	APLIC A		
s	26	NO	SE	APLIC A		
s	27	NO	SE	APLIC A		
s	28		2	2	1	1
s	29		1	1	1	1
s	30		1	2	2	1
s	31	NO	SE	APLIC A		
s	32		1	1	1	1
s	33	NO	SE	APLIC A		
s	34		2	2	1	1
s	35	NO	SE	APLIC A		
s	36	NO	SE	APLIC A		
s	37	NO	SE	APLIC A		
s	38		2	2	1	1
s	39	NO	SE	APLIC A		
s	40	NO	SE	APLIC A		
s	41		1	2	2	1
s	42		2	2	1	1
s	43	NO	SE	APLIC A		

s	44		2	2	1	1
s	45	NO	SE	APLIC A		
s	46		1	1	1	1
s	47		1	1	1	1
s	48		1	1	1	1
s	49		2	2	1	1
s	50		2	2	1	1
s	51		1	1	1	1
s	52	NO	SE	APLIC A		
s	53	NO	SE	APLIC A		
s	54	NO	SE	APLIC A		
s	55		2	2	1	1
s	56		1	1	1	1
s	57	NO	SE	APLIC A		
s	58	NO	SE	APLIC A		
s	59		2	2	1	1
s	60	NO	SE	APLIC A		
s	61		1	1	1	1
s	62		1	2	2	1
s	63		1	1	1	1
s	64		1	2	2	1
s	65		2	2	1	1
s	66	NO	SE	APLIC A		
s	67	NO	SE	APLIC A		

s	68		1	1	1	1
s	69		1	1	1	1
s	70	NO	SE	APLIC A		
s	71		1	1	1	1
s	72		2	2	1	1
s	73		1	1	1	1
s	74		1	1	1	1
s	75	NO	SE	APLIC A		
s	76		1	1	1	1
s	77		1	1	1	1
s	78		1	1	1	1
s	79		1	2	2	1
s	80		1	2	2	1
s	81	NO	SE	APLIC A		
s	82	NO	SE	APLIC A		
s	83	NO	SE	APLIC A		
s	84		1	1	1	1
s	85		1	2	2	1
s	86		1	2	2	1
s	87		1	1	1	1
s	88		1	1	1	1
s	89		1	2	2	1
s	90	NO	SE	APLIC A		
s	91	NO	SE	APLIC A		
s	92	NO	SE	APLIC A		

s	93		1	1	1	1
s	94		1	2	2	2
s	95		1	1	1	1
s	96	NO	SE	APLIC A		
s	97		1	1	1	1
s	98		1	1	1	1
s	99	NO	SE	APLIC A		
s	100		2	2	1	1
s	101		2	2	1	1
s	102		2	2	1	1
s	103		1	2	2	1
s	104		1	2	2	1
s	105	NO	SE	APLIC A		
s	106	NO	SE	APLIC A		
s	107	NO	SE	APLIC A		
s	108		1	2	2	2
s	109	NO	SE	APLIC A		
s	110		2	2	1	1
s	111	NO	SE	APLIC A		
s	112		1	1	1	1
s	113		1	1	1	1
s	114	NO	SE	APLIC A		
s	115	NO	SE	APLIC A		
s	116	NO	SE	APLIC		

				A		
s	117		1	2	2	1
s	118		1	1	1	1
s	119		1	1	1	1
s	120		1	1	1	1
s	121	NO	SE	APLIC A		
s	122		1	1	1	1
s	123		1	1	1	1
s	124		1	1	1	1
s	125		1	1	1	1
s	126	NO	SE	APLIC A		
s	127	NO	SE	APLIC A		
s	128		2	1	1	1
s	129		2	2	1	1
s	130		2	2	1	1
s	131		1	1	1	2
s	132		1	1	1	1
s	133		1	2	2	1
s	134		1	2	2	1
s	135		1	2	2	1
s	136		1	1	1	1
s	137	NO	SE	APLIC A		
s	138		1	1	1	1
s	139		1	1	1	1
s	140		1	1	1	1
s	141		1	2	2	1
s	142		1	1	1	1
s	143		1	1	1	1
s	144		1	1	1	1

s	145		1	2	2	1
s	146	NO	SE	APLIC A		
s	147		1	2	2	1
s	148	NO	SE	APLIC A		
s	149	NO	SE	APLIC A		
s	150		1	1	1	1
s	151	NO	SE	APLIC A		
s	152		1	1	1	1
s	153		1	1	1	1
s	154		1	1	1	1
s	155		1	1	1	1
s	156		1	2	2	1
s	157		1	2	2	1
s	158		1	1	1	1
s	159	NO	SE	APLIC A		
s	160		1	1	1	1
s	161	NO	SE	APLIC A		
s	162		1	2	2	1
s	163	NO	SE	APLIC A		
s	164	NO	SE	APLIC A		
s	165		1	1	1	1
s	166		1	2	2	1
s	167	NO	SE	APLIC A		
s	168		1	1	1	1

s	169		1	1	1	1
s	170		1	1	1	1
s	171		1	2	2	1
s	172	NO	SE	APLIC A		
s	173		1	1	1	1
s	174		1	1	1	1
s	175		1	1	1	1
s	176		1	1	1	1
s	177		1	2	2	1
s	178	NO	SE	APLIC A		
s	179	NO	SE	APLIC A		
s	180	NO	SE	APLIC A		
s	181		1	1	1	1
s	182		1	1	1	1
s	183	NO	SE	APLIC A		
s	184		1	1	1	1
s	185	NO	SE	APLIC A		
s	186	NO	SE	APLIC A		
s	187		1	2	2	1
s	188		1	1	1	1
s	189		1	2	2	1
s	190		1	2	2	2
s	191		1	2	2	1
s	192		1	2	2	1
s	193		1	2	2	1
s	194		1	1	1	1

s	195		1	2	2	1
s	196	NO	SE	APLIC A		
s	197		1	1	1	1
s	198	NO	SE	APLIC A		
s	199	NO	SE	APLIC A		
s	200	NO	SE	APLIC A		

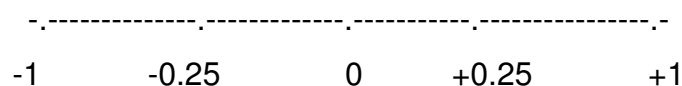
7. SELECCIÓN DE LA TÉCNICA ESTADÍSTICA PARA EL ANÁLISIS DE LOS DATOS.

En este caso, se ha aplicado el tipo de análisis estadístico Coeficiente de Correlación de la Muestra Estadística Simple al Azar, la cual es una técnica que permite medir la relación entre las variables. Es una medida que nos da información si las variables van asociadas o no empíricamente, pues es concordante con la teoría de las variables.

Tiene como presupuesto que la realidad es un sistema de variables que se puede abstraer en una matriz de datos y descubrir la relación entre ellas.

El coeficiente de correlación es una escala de medición que va de -1 a +1:

- Cuando este coeficiente es cercano a +1 ó +1 las variables van amarradas una a otra.
- Si el coeficiente de correlación es cercano a -1 ó -1 significa que la relación es inversa, una aumenta y la otra disminuye.
- Si el coeficiente de correlación es 0 o cercano a 0 no existe relación empírica con ambas variables:



7.1. EJECUCIÓN DE ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y OBTENCIÓN DEL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN PARA CADA HIPÓTESIS.

La fórmula que se ha utilizado para hallar el coeficiente de correlación es:

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

En la ejecución del análisis estadístico se han tenido presente las siguientes pautas:

- Se ha tenido que identificar a las variables: Independiente y Dependientes.
- Se diseñó la relación entre ellas, en base al eje de las occisas y ordenadas (X, Y).
- Se tuvieron que determinar las cifras absolutas en cada casillero.
- Para determinar los porcentajes de cada casillero, se tomó como base el total de casos de cada categoría de la variable independiente.
- Se identificó el casillero a y b. Donde el casillero “a” es en el que se verificó la hipótesis y el casillero “b” es su adyacente.
- Por último, el coeficiente de correlación se calculó con los porcentajes.

En ese orden de pautas y de acuerdo a la matriz de datos, tuvimos que hallar las correlaciones en cada una de las hipótesis:

A. LA HIPÓTESIS PRINCIPAL:

La hipótesis Principal sí se ha cumplido, pues el resultado es + 0.65; eso quiere decir que es mayor a + 0.25. Por consiguiente, existe relación directa entre las variables.

ELABORACIÓN DEL CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL (RELACIÓN ENTRE LAS VARIABLES)

V. I

V.D.	<div>a (1 – 1) 104</div>	<div>b (2 – 1) 22</div>	=126	
	<div>(1 – 2) 5</div>	<div>(2 – 2) 1</div>		=6
	109	+	23	

ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS JURÍDICAS

V. I.

	1	2	
V.D.	a 104 (95%)	b 22 (96%)	= 126
	5 (5%)	1 (4%)	= 6
2			

109	23	= 132
-----	----	-------

DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{104 - 22}{104 + 22}$$

$$r = \frac{82}{126}$$

$r = 0.65$

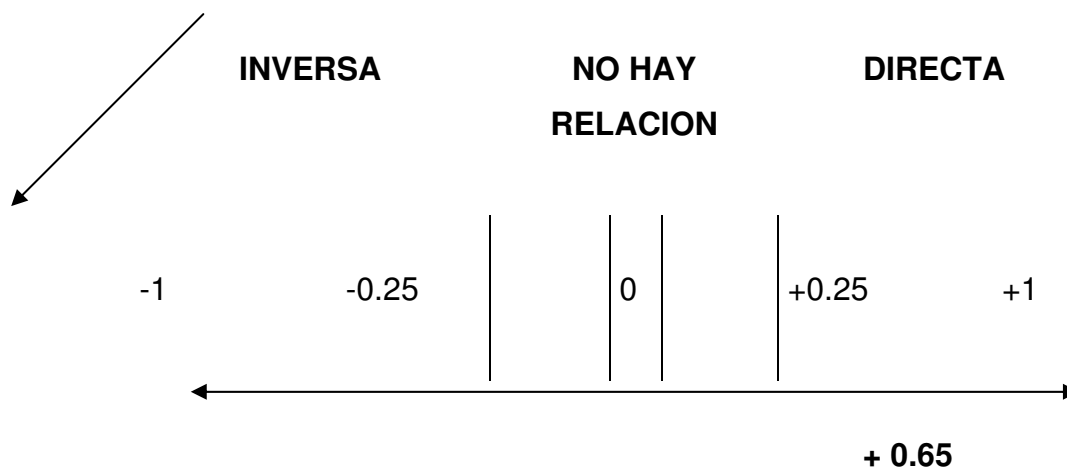
INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

$r = 0.65$

EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

En este caso, el resultado de la Hipótesis Principal es positivo **+ 0.65**, pues es mayor a $+ 0.25$, lo cual significa que existe relación directa entre las variables.

(Ver Gráfico de la Hipótesis Principal)



B. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 1:

La Hipótesis Específica Nro. 1 no se cumplió, pues el resultado es **+ 0.11**, eso quiere decir que el resultado es mayor a 0 , pero menor a $+ 0.25$, con lo cual se establece que no hay relación inversa ni directa entre las variables.

ELABORACIÓN DEL CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA Nro.1 (RELACIÓN ENTRE LAS VARIABLES)

V. I

V.D.

a (1 – 1) 70	b (2 – 1) 56
(1 – 2) 1	(2 – 2) 5

=126

=6

$$71 \quad + \quad 61 \quad = \quad 132$$

ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA Nro. 1

		V. I.		
		1	2	
V.D.	1	a 70 (99%)	b 56 (92%)	= 126
	2	1 (1%)	5 (8%)	= 6
		71	+	61
				=132

DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 1

$$r = \frac{a - b}{a + b}$$

$$r = \frac{70 - 56}{70 + 56}$$

$$r = \frac{14}{126}$$

$$r = 0.11$$

INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 1

$$r = 0.11$$

EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

El resultado de la Hipótesis Específica Nro. 1 es positivo, pues el resultado es + **0.11**, eso quiere decir que el resultado es mayor a 0, pero menor a + 0.25, con lo cual se establece que **no hay relación inversa ni directa entre las variables.**

(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica Nro.1)



C. LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 2:

La hipótesis específica Nro. 2 **sí se cumplió**, pues el resultado es positivo + **0.44**; eso quiere decir que el resultado es mayor a + 0.25, con lo cual se establece que **sí hay relación directa entre las variables**.

ELABORACIÓN DEL CUADRO ESTADÍSTICO DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 2 (RELACIONE ENTRE LAS VARIABLES)

V. I

V.D.	a (1 – 1) 91	b (2 – 1) 35	=126
	(1 – 2) 2	(2 – 2) 4	=6
	93	+	39 = 132

ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA ESPECÍFICA Nro. 2

	V. I.								
	1	2							
	<table><tr><td></td><td>a</td><td>b</td></tr><tr><td>1</td><td>91 (98%)</td><td>35 (90%)</td></tr></table>			a	b	1	91 (98%)	35 (90%)	= 126
	a	b							
1	91 (98%)	35 (90%)							
V.D.									

2	2 (2%)	4 (10%)	= 6
	93	+	39
			= 132

DETERMINACIÓN DEL COEFICIENTE DE RELACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro.2

$$R = \frac{a - b}{a + b}$$

$$R = \frac{91 - 35}{91 + 35}$$

$$R = \frac{56}{126}$$

$$R = 0.44$$

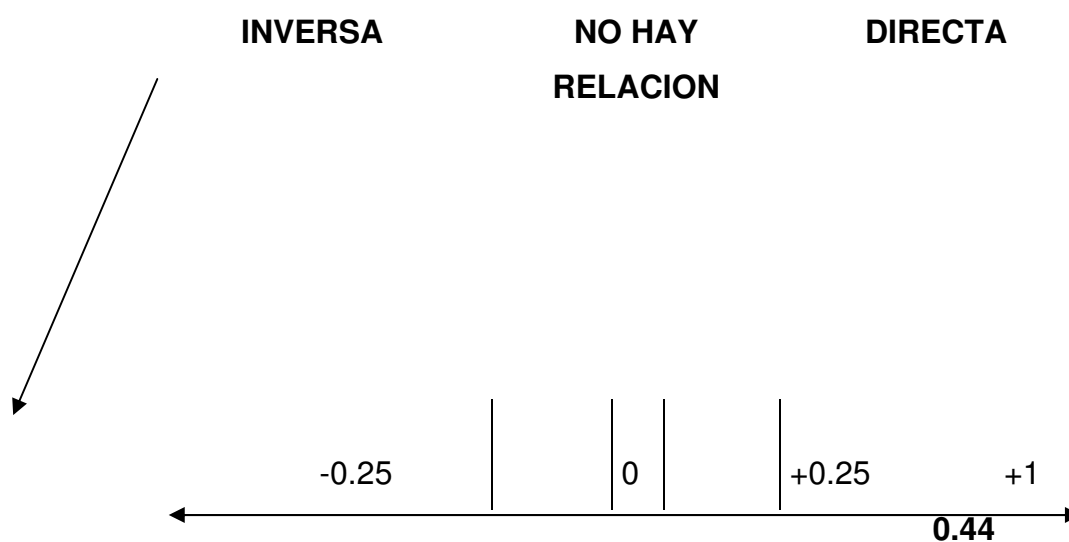
INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nro. 2

$$R = 0.44$$

EL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN:

En este caso, el resultado de la Hipótesis Específica Nro. 2 es positivo + **0.44**, pues es mayor a 0.25, lo cual significa que **existe relación directa entre las variables.**

(Ver Gráfico de la Hipótesis Específica Nro.2)



7.2. DETERMINACIÓN DEL DESTINO DE LAS HIPÓTESIS.

- La Hipótesis Principal es **directa**, por ser su resultado positivo (**+ 0.65**) y mayor a + 0.25, lo cual significa que **sí existe relación entre las variables**.
- La Hipótesis Específica Nro.1, **no es ni inversa ni directa**, pues el resultado es **+ 0.11**, eso quiere decir que el resultado es mayor a 0, pero menor a + 0.25, por tanto **no hay relación entre las variables**.
- La Hipótesis Específica Nro.2 es **directa**, pues el resultado es **+ 0.44**, eso quiere decir que es mayor a + 0.25, con lo cual se establece que **sí hay relación entre las variables**.

7.3. INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS DE LA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS.

- **EN EL PRIMER CASO**, teniendo en cuenta que la Hipótesis Principal sí se cumple e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de dicha Hipótesis, podemos afirmar que en los Procesos de Desalojo por las causales de Falta de Pago y Vencimiento de Contrato de Arrendamiento u otros que conceden la posesión inmediata sobre el inmueble, terminan con sentencia o acuerdo conciliatorio que disponen la restitución de la posesión del inmueble al demandante. De modo tal que, se acredita la necesidad de flexibilizar los requisitos que se exigen para conceder la Medida Cautelar sobre el Fondo en los Procesos de Desalojo; en términos que debe ser suficiente que el demandante acredite el derecho a la restitución de la posesión inmediata del inmueble para conceder la respectiva medida cautelar. En este sentido, debe suprimirse la exigencia de acreditar el abandono del inmueble.

- **EN EL SEGUNDO CASO**, teniendo en cuenta que la Hipótesis Específica Nro.1 no se ha cumplido e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de tal hipótesis, podemos afirmar que el método aplicado para calcular el coeficiente de relación no resulta el más indicado, ya que en el Cuadrante 1-1 (a) de las 70 Unidades de Análisis todas sin excepción han terminado con sentencia fundada en un 99% y en los demás procesos de desalojo de los 70 procesos, 56 Unidades de Análisis que obran en el Cuadrante 2-1 (b) han terminado con sentencia fundada y solamente en el Cuadrante 2-2 un 8% de las Unidades de Análisis han sido desestimadas. En tal sentido, consideramos que debe haber relación entre las variables en términos que cuando se demanda en un Proceso de Desalojo éste termina con una sentencia o acuerdo conciliatorio que disponen la restitución de la posesión inmediata del inmueble. De manera que, consideramos igualmente la necesidad de flexibilizar los requisitos que se exigen para conceder la medida cautelar sobre el fondo en los Procesos de Desalojo; dado que debe ser suficiente que el demandante acredite el derecho a la restitución de la posesión inmediata del inmueble para conceder la respectiva medida cautelar. En este sentido, debe suprimirse la exigencia de acreditar el abandono del inmueble.
- **EN EL TERCER CASO**, teniendo en cuenta que la hipótesis específica Nro.2 sí se cumple e interpretando jurídicamente los resultados de la contrastación empírica de esta Hipótesis, podemos afirmar que en los Procesos de Desalojo por las causales de Falta de Pago, Incumplimiento de Contrato (posesión ilegal del inmueble, subarriendo sin autorización del arrendador, uso distinto del inmueble a lo pactado en el contrato de arrendamiento, etc.) que conceden la posesión inmediata sobre el inmueble, terminan con sentencia o acuerdo conciliatorio que disponen la restitución de la posesión al demandante. De esta manera, resulta necesario flexibilizar los requisitos que se exigen para conceder la Medida Cautelar sobre el fondo en los Procesos de Desalojo; en términos que debe ser suficiente que el demandante acredite el derecho a la restitución de la posesión inmediata del inmueble para conceder la

respectiva medida cautelar. En este sentido, consideramos igualmente como en el caso de la hipótesis principal que debe suprimirse la exigencia de acreditar el abandono del inmueble.

TERCERA. PARTE: APOORTE AL DERECHO: TEORÍA JURÍDICA Y PROPUESTA DE NORMAS JURÍDICAS

APORTES JURÍDICOS AL PROBLEMA INVESTIGADO

1. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL PROBLEMA INVESTIGADO

1.1. FORMULACIÓN DE LAS PREMISAS JURÍDICAS RESULTANTES DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

El problema de investigación surgió del diagnóstico de la realidad jurídico social en los procesos judiciales, a nivel de los Juzgados Especializados en lo Civil y de los Juzgados de Paz Letrado de Lima, en que tuvieran como una de sus pretensiones el desalojo del inmueble.

Los procesos de desalojo se tramitan normalmente en la vía del proceso sumarísimo, el cual si bien es cierto formalmente debe ser un proceso muy rápido y eficaz. Esto no sucede en la realidad debido a la velocidad con la que se desarrollan los procesos en nuestros tribunales. Del análisis empírico se aprecia que su duración puede fluctuar desde los tres meses, muchos de ellos con más de un año, llegando inclusive algunos hasta más de tres años.

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere de una justicia rápida, efectiva y eficaz que se garantice mediante el empleo de las medidas cautelares, en tal sentido, para solicitar una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo se requiere lo siguiente: (i) acreditar la verosimilitud o apariencia del derecho, (ii) que el inmueble se encuentre en estado de abandono y además ofrecer una contracautela.

Sin embargo, en ninguno de los 132 expedientes judiciales en que tuvieron una pretensión de desalojo analizados se ha podido apreciar que el pedido cautelar haya sido formulado bajo el amparo normativo del **artículo 679 del código procesal civil**, lo cual refleja notoriamente que la referida norma no está cumpliendo su finalidad, esto es, establecer un mecanismo a través del cual bajo determinados supuestos, sea posible obtener un pronunciamiento judicial que ampare provisionalmente lo solicitado en la demanda – sólo en el plano material – sin perjuicio que a futuro se dicte la sentencia final que ponga fin a la relación procesal, por lo que se requiere su obligada modificación.

De los referidos casos analizados sólo ha sido solicitada la medida cautelar de desalojo después que se ha expedido sentencia que declaraba fundada la demanda en primera instancia, siendo un caso especial de procedencia expresamente establecido por el Artículo 615° del código procesal civil que señala: **“Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610”**, del Código Procesal Civil, denominado por la doctrina como tutela provisoria.

Lo destacable del análisis empírico es que pese a que en la mayoría de los casos los demandantes han obtenido sentencia favorable en primera instancia los demandantes no han hecho valer esta facultad; esta situación en opinión del suscrito se debe a que los operadores de justicia consideran que es aplicable como norma especial el **Artículo 679° del Código Procesal Civil**, que requiere se acredite el abandono del inmueble, interpretación que es incorrecta, dado que la oportunidad y requisitos en que pueden ser solicitadas son distintos.

Ahora el **Artículo 585** del Código Procesal Civil, con su última modificación con la **Ley 29057, de fecha 29 de Junio del año 2007**, se permite expresamente la **acumulación objetiva originaria de las pretensiones con la pago de**

arriendos con la de desalojo, y ya no tramitarse en forma exclusiva cada una en procesos distintos (**sumarísimo y ejecutiva**) como **erróneamente** exigen muchos magistrados, dado que en estricto era igualmente viable dicha acumulación por tratarse de un proceso más lato para poder tramitarse acumulativamente, donde la falta de pago de los arriendos de la merced conductiva que sirve para acreditar la causal de resolución de contrato y por ende el derecho a solicitar la restitución de la posesión del inmueble para su desalojo. Se permite la acumulación para tramitarse en la misma vía procedimental, por la conexidad entre ambas, aun cuando no permitiría aparentemente la ampliación de la cuantía los arriendos que continúen devengándose hasta la desocupación del inmueble arrendado, tal como lo señala expresamente el **artículo 559 CPC**.

El criterio no es una interpretación apropiada porque de que valdría se permita acumular las pretensiones, si no se va a ser posible reservar el derecho de ampliar la cuantía de la pretensión de los meses transcurridos, cuando el proceso de desalojo en nuestra realidad jurídica dura aproximadamente un año o año y medio o quizás un poco más, y uno no podría hacer cobro de ese tiempo transcurrido dentro de la acumulación; lo cual resulta absurdo porque se nos limita reservar el derecho de ampliar la cuantía, con el **Artículo 559**³⁴² **del Código Procesal Civil**, inciso 4) **Las disposiciones contenidas en los Artículos 428 respectivamente.**

Con respecto a la **Contracautela** establecida por el artículo 611 del Código Procesal Civil como un requisito de procedencia de una medida cautelar, éste criterio normativo debe ser modificado, y ser considerado solamente como un requisito para la ejecución de la providencia cautelar, tal como lo prescribe el artículo 36 en su 4) párrafo del proceso contencioso administrativo - **Ley**

³⁴² **Artículo 559.- Improcedencias.-**

En este proceso no son procedentes:

1. La reconvencción;
2. Los informes sobre hechos;
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y
4. Las disposiciones contenidas en los Artículos 428, 429 y 440.

27584 modificada por el artículo único del Decreto Legislativo Nro. 1067, pub. El 28 de Junio del 2008, y no lo es para el proceso civil, si es lo más lógico y no habría la forma de que cada una regule en forma separada sobre un mismo punto.

Por ende es necesario como lo prescribe el artículo **610 en su inciso 4) ofrecer contracautela, pero sería factible proponer un cambio al artículo 611 del Código Procesal Civil, para que dicho ofrecimiento de contracautela sea un requisito de ejecutividad y no de admisibilidad , porque eso es su finalidad.**

1.2. PLANTEAMIENTO DE EXPLICACIONES TEÓRICO-JURÍDICOS DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS

Que, teniendo en cuenta que más del 90% de los procesos que contiene una pretensión de desalojo concluye con sentencia favorable definitiva para el demandante. Esto quiere decir que de cada 10 demandas de desalojo, por lo menos 09 procesos terminan con un resultado final favorable..

De los expedientes analizados se pudo apreciar que en ninguno ha sido solicitada una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, que se encuentra regulado por el **artículo 679° del Código Procesal Civil**, que se solicita antes que se haya expedido la referida sentencia que pone fin a la primera instancia.

Para su concesión se requiere un grado de cognición sumaria en la que el juzgador apreciará que probablemente accederá al pedido del actor en la pretensión de la demanda; toda vez que, si la medida cautelar sobre el fondo implica una atribución de bienes jurídicos sin la existencia de una resolución con autoridad de cosa juzgada se requiere obviamente un alto grado de probabilidad que la concesión de la medida cautelar siga la misma suerte que la demanda, ya que de lo contrario se alteraría el adecuado sentido de la finalidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este aspecto será posible que al acumular pretensiones según lo previsto en el **585** del Código Procesal Civil y no reservarse el derecho a cobrar las futuras cuotas o devengados hasta que se desocupe, restituye o abandone el bien, y más aún la norma esta redactada en términos que se presta a interpretaciones restrictivas, existe un vacío, acaso será posible la acumulación, y se nos limita por lo estipulado expresamente **en el artículo 559 inciso 4) del código procesal civil**, que se presta a interpretaciones contradictorias, dado que por un lado se permite la acumulación y por el otro se impide la reserva, lo cual es incoherente.

Sólo en cuatro casos de los 127 expedientes seleccionados se solicitó una medida cautelar denominada por la doctrina como tutela provisoria, esto es en aplicación del **Artículo 615° del Código Procesal Civil**. El referido artículo es aplicable sólo cuando existe sentencia fundada en primera instancia, es por ellos propugnar la modificación del Artículo en mención para que tambien la sentencia en segunda instancia aplique la tutela anticipatorio., en aplicación del método de integración jurídica denominado “**analogía**”. Sin embargo, en ningún caso ha sido aplicada en segunda instancia la referida norma jurídica; pese a que existirán mejores razones para solicitarse y ser concedida.

No es adecuado con respecto al ofrecimiento de la contracautela sea un requisito de admisibilidad para el otorgamiento de la medida cautelar y no de ejecutividad como sucede en el proceso contencioso administrativo; siendo esto último lo mas auspicioso, porque uno como demandante quiere interponer una medida cautelar tiene que cumplir con los requisitos estipulados expresamente, aún cuando se pueden dar situaciones en que no sea necesario que se exija una contracautela, cuando por ejemplo el peticionante es una persona de reconocida solvencia económica y moral en la plaza que se peticiona.

Si no ofrece contracautela le rechazan la solicitud, perjudicando su derecho de acceso a la tutela judicial, siendo lo más factible es ofrecer dicha contracautela para la ejecución de la misma, por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar con la medida.

Esta realidad refleja la necesidad de una regulación más acorde a la doctrina y sistematización que ha desarrollado nuestro ordenamiento procesal civil, que consideramos insuficiente e indebida de la medida cautelar en el proceso de desalojo y de la medida cautelar de modo general en todos sus acápite propuestos; a fin de mejorar su regulación.

1.3. ORDENAMIENTO LÓGICO DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS Y LAS EXPLICACIONES TEÓRICAS

Si tenemos en cuenta que lo trascendente es vencer la duración del proceso y satisfacer las pretensiones del demandante en el menor tiempo posible, pese a que exista un peligro reducido que algún momento no se pueda materializar el reconocimiento de lo pretendido en la demanda (desestimación de la pretensión reclamada).

En este orden de ideas, si tenemos que la casi totalidad de procesos judiciales en los que alguna de las pretensiones versa sobre el desalojo del inmueble termina con sentencia fundada que se constituye con autoridad de cosa juzgada, se requiere contar con mecanismos más adecuados para que este resultado sea asegurado de una manera más rápida y efectiva.

En este camino la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo no ha surtido los efectos esperados. Prueba de ello, es que de los 127 casos estudiados en ningún expediente aparece el pedido ni mucho menos su concesión, inclusive aplicando en forma reducida el artículo 615 de C.P.C., Pese a que en **más de cien casos se tenía sentencia favorable en primera instancia.**

Por ende, si la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo constituye una medida anticipada que consiste en concretar el objeto de la pretensión, en atender el petitorio de la demanda; colocando al pretendiente en una situación de poder con respecto a un bien jurídico; este debe surtir sus efectos, no debería haber ningún obstáculo para que pueda ser aplicable de manera rápida y efectiva.

De modo tal, que la demora en la tramitación del proceso principal no ocasione un serio perjuicio económico al demandante o de difícil reparación, al mantener al demandado en la posesión inmediata del inmueble mediante el ejercicio abusivo del derecho de defensa o por el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Que, los inquilinos o poseedores inmediatos que incumplen con el pago de la merced conductiva o la devolución oportuna del inmueble, lo hacen por diversas razones de carácter patrimonial o personal, entre las primeras podemos mencionar que les resulta más ventajoso económicamente incumplir con pagar la renta y/o devolver el inmueble en la forma y plazo establecido, que cumplir con sus obligaciones, ya que el costo de oportunidad de obtener otro inmueble les resulta más oneroso; por los costos que implica la mudanza, el ubicar otro inmueble con similares características al que se ocupa, la garantía (por el valor equivalente de uno o más meses de renta fácilmente se diluye como consecuencia del transcurso del tiempo) que debe otorgarse al momento de suscribir el contrato y los gastos propios del acondicionamiento para el nuevo usuario; aún cuando a ello, está el hecho que muchas veces los poseedores no tienen el soporte financiero para que se pueda efectivizar el cobro de alguna obligación dineraria o crediticia.

Se debe tener en cuenta que el ordenamiento procesal civil no está regulado de manera adecuada para prevenir de manera oportuna tales conductas nocivas contra el principio de cooperación que debe regir todos los contratos en lo relativo a la recuperación de la posesión inmediata del inmuebles.

Los resultados contenidos en la Hipótesis Principal así como en la Hipótesis Específica N° 2, demuestran lo anteriormente expuesto, que la medida cautelar sobre el fondo no cumple en modo alguno su finalidad o razón de ser en la realidad jurídico social; en los referidos contratos en que se concede el uso temporal de la posesión de un inmueble bajo determinadas obligaciones a cambio de una retribución periódica o gratuita.

En tal sentido, una crisis de cooperación entre una de las partes ocasiona el incumplimiento, la resolución del contrato o la terminación del contrato, ya sea por: la falta de pago de la merced conductiva en un contrato de arrendamiento o por el vencimiento del plazo de un contrato de arrendamiento o comodato u otro que concede la posesión sobre un inmueble; así como consecuencia del incumplimiento de alguna obligación contenida en alguno de los referidos contratos.

De modo tal que, el poseedor inmediato se encuentra en la obligación de restituir la posesión del mismo a su transferente. Sin embargo, para que esto se materialice en la práctica normalmente el perjudicado debe acudir al Poder Judicial para exigir la devolución del bien, dado que en términos pacíficos no se produce debido a la cultura litigiosa que existe en nuestro país, atentado contra el principio de buena fe con el cual deben negociarse, celebrarse, cumplirse y concluirse los mismos.

Con respecto a los casos en los cuales no se permita la acumulación del pago de arriendo al desalojo, genera mayor demora y lentitud, gasto de dinero, porque ambas teniendo la misma conexidad se tramita separadamente, con la nueva modificación se pretendió acumular dichas pretensiones y solucionar en parte algunos puntos que generaban mayor lentitud y mayor carga a los administradores de justicia con ciertos vacíos normativos al aplicarlos pero se encuentra limitado por lo establecido en el **artículo 559 del Código Procesal Civil**, en que los magistrados como señala el abogado Javier Díaz Esponda³⁴³, al señalar que considera para el cobro de

³⁴³ Díaz Esponda, Javier. Inconvenientes Modificación del Artículo 585 del CPC. Suplemento de análisis legal de el peruano. Fecha 12/08/08, señala: **“La norma modificatoria, si bien permite la acumulación**

de los devengados se debe iniciar un proceso ejecutivo, generando aún así mayor contradicción en dicha modificatoria.

En caso de tener como requisito la contracautela para que se nos otorgue una medida cautelar, y no en la ejecución de la misma tal como ocurre en el proceso contencioso administrativo, no es tan factible que digamos porque yo como demandante sino cumplo con ese requisito mencionado no me otorgan la medida cautelar afectando mi derecho a un debido proceso, proponemos un cambio al **artículo 611** del código procesal civil para que el ofrecimiento de la contracautela tal como lo prescribe el artículo **610 inciso 4)**, **sea para su ejecución, creo que daría mejores resultados y tener una mejor administración de justicia acorde a nuestra realidad.**

2. APOORTE A LA DOCTRINA JURÍDICA

Que, es notorio que el espíritu del legislador del Código Procesal Civil de 1993 con relación a la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo es proteger la posesión inmediata sobre el derecho del titular con derecho a ser restituido en la posesión del inmueble, a quien se considera la parte débil de la relación contractual. Esta posición doctrinaria es contraria a los resultados de la investigación empírica llevada a cabo mediante el método de investigación científica.

Del análisis en la legislación comparada se aprecia que el Perú es el único país que exige para conceder una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo que el inmueble se encuentre en **estado de abandono**; si bien esta opción legislativa es destacable, ya que lo que busca el legislador es entregar jurídicamente al titular del derecho la posesión del inmueble, a fin que no sea ocupado por un tercero o para prevenir que sean sustraídos los bienes que se encuentren en su interior. Sin embargo, esta posición doctrinaria y legal es

de la pretensión de pago de arriendos al desalojo, no permite la ampliación de la cuantía de éstos arriendos que continúen devengándose hasta la desocupación del inmueble arrendado por expresa disposición del inciso 4) del artículo 559 del CPC, ya que la vía procedimental en la que se desarrolla el proceso es la sumarísima, a la cual se acumula el pago de arriendos...”.

insuficiente para materializar el derecho a la tutela judicial efectiva; teniendo en cuenta que los órganos jurisdiccionales resuelven de manera predominante a favor de la restitución de la posesión inmediata del inmueble a favor del demandante. En consecuencia, esta regulación lejos de buscar facilitar el acceso a la tutela judicial ocasiona su restricción o limitación, resultando contraria a los derechos fundamentales³⁴⁴

La principal característica de las medidas cautelares es su **instrumentalidad** por no constituir una finalidad en sí misma, asegurando el resultado del proceso principal, pero en el caso particular, las medidas cautelares sobre el fondo se relacionan instrumentalmente con el proceso principal y materialmente con el derecho invocado, es decir, con la situación jurídica de las partes que regulan provisoriamente.

La moderna corriente doctrinaria brasileña considera conveniente suprimir el requisito del peligro en la demora como uno de los requisitos que debe tener toda medida cautelar para ser concedida, y considera que la medida cautelar puede no sólo tener una finalidad aseguratoria sino también sancionadora, buscando una participación más activa del órgano jurisdiccional, en represión de las in conductas procesales como el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Igualmente la doctrina argentina considera que es procedente una medida cautelar en el proceso de desalojo si el actor acredita que el derecho invocado fuere verosímil y previa caución por los daños y perjuicios que se pudieren irrogar, en consecuencia, no se produce una restitución de la posesión hasta que el proceso concluya, pese a que se expida una sentencia de mérito desfavorable para el actor.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992). *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Editorial Civitas. Madrid - España.

Por ello, es necesario modificar el criterio doctrinal imperante en nuestro país, por el que se exige como requisito el abandono del inmueble, por atentatorio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Mas allá que el artículo 585 del Código Procesal Civil modificado, se propuso acumular pretensiones de pago de arriendo al desalojo, y así el Juez analizará ambos petitorios en un solo proceso, y no duplicar sus esfuerzos temas que tienen la misma conexidad y evitar futuras sentencias contradictorias. Hasta ese punto es favorable, pero indicando que si el demandante no acumula ambas pretensiones puede hacer cobro del pago de arriendos en un proceso único de ejecución, ya que consta de título ejecutivo y éste deberá ser suficiente, la existencia de una relación obligatoria, exigibilidad de la relación obligatoria, indicar los créditos, mostrando un balance minucioso para hacerse un exhaustivo calculo.

No es del todo correcta la norma, no menciona los devengados, las cuotas dejadas de percibir la restitución del bien, cierta parte de la doctrina no lo enfoca desde ese punto, si la sentencia durare un año o año y medio sólo se procederá a pagar los dos meses mas quince días de lo adeudado.

El Problema esta en que el pago de arriendo siendo tramitado en un proceso menos lato, y el desalojo un proceso lato, hasta que punto puede ser factible la modificación si de todas formas al limitarse la reserva de ampliación para el cobro de devengados, que razón de ser tiene acumular, quizás para los operadores del derecho le es factible tener ambas pretensiones y pronunciarse en uno sólo sobre ambas, pero el solicitante acumulando o no igual tiene que ir para hacerse cobro de las cuotas devengadas a iniciar un proceso ejecutivo porque se nos imposibilita por el **artículo 559** , la modificación debió ser mas concreta. Existen ambigüedades que se buscan solucionar, es factible aun convertir la norma en mayor utilidad para contrarrestar esfuerzos en procesos que tienen la misma conexidad obligacional. Haciendo una excepción al **artículo 85** sobre la acumulación objetiva de pretensiones, tienen que tener la **misma vía procedimental**.

Gran parte de la doctrina con respecto a la contracautela como requisito para su otorgamiento de la medida cautelar esta sea ofrecida en su ejecución tal como lo es en el proceso contencioso administrativo en su artículo 36 del precitado código y no al momento de la interposición de la misma.

2.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS EMPÍRICOS Y EL APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA CON RELACIÓN A:

A. DOCTRINAS QUE SON FORTALECIDAS Y AMPLIADAS CON LOS RESULTADOS EMPÍRICOS

De lo anteriormente expuesto, se colige que la doctrina nacional imperante sobre medidas cautelares sobre el fondo en el proceso de desalojo es limitativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Los resultados empíricos demuestran que las doctrina brasileña y argentina son las más adecuadas, teniendo en cuenta la prolongada duración de los procesos de desalojo (varios años) y el resultado casi unánime de sentencias favorables definitivas con autoridad de cosa juzgada para los actores con derecho a la restitución de la posesión del inmueble.

Es reveladora la necesidad de un radical cambio normativo, con criterios más flexibles para la presentación de la referida medida cautelar, de modo tal, que debe bastar con que se acredite la verosimilitud del derecho del actor y se garantice adecuadamente los eventuales daños y perjuicios que se pudieren ocasionar al momento de proceder a la restitución de la posesión para que sea amparable el procedimiento cautelar. Y no sólo aquello sino buscar que el **artículo 585 del Código Procesal Civil**, no basta tratar de acumular si no se tiene en claro la finalidad del mismo, si igual tramitándose por separado generaba mayor lentitud y mayor esfuerzo, lo mismo ocurriría con ésta nueva modificación, ya que igual se tendrá que ir al proceso ejecutivo hacerse cobro del dinero devengado dejado de percibir en todo el transcurso del proceso hasta la sentencia, porque el artículo 559 se nos limita expresamente.

Con respecto al artículo **611 del código procesal civil**, al proponer un cambio para que la contracautela no se ha vista como un requisito para el otorgamiento de la medida cautelar sino para su ejecución, gran parte de la doctrina vienen reclamando que es la adecuada.

B. DOCTRINAS QUE SON MODIFICADAS PARCIALMENTE CON LOS RESULTADOS EMPÍRICOS.

La corriente doctrinal nacional que busca proteger al ocupante del inmueble a fin de garantizar la seguridad jurídica, a la espera del resultado final del proceso de desalojo ha quedado totalmente superada por la realidad jurídico-social en la que se desenvuelven. Resulta totalmente injusto y absurdo que se pretenda hacer justicia impidiendo al demandante la recuperación de la posesión del inmueble si el proceso es casi probable que termine con una sentencia fundada con autoridad de cosa juzgada.

Que, el poco uso que se le ha dado a la tutela provisoria, en los procesos de desalojo en que el demandante ha obtenido una sentencia favorable en primera instancia, se debe además a la inadecuada regulación de la caducidad de la medida cautelar, ya que en caso sea revocada la sentencia por la instancia superior, ello ocasionaría que el demandante restituya la posesión sin que el proceso judicial haya concluido de manera definitiva.

De modo tal que en un primer momento se podría restituir la posesión al demandante, luego con una sentencia en sentido contrario en segunda instancia, se restituiría la posesión al demandado, y finalmente si el caso llegase a la Corte Suprema, podría volver a restituirse la posesión al demandante de obtener resultado favorable y definitivo.

Dichas situaciones lejos de ordenar y preservar la paz social exacerbaría los ánimos entre las partes, por lo que la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, así como en los demás procesos, una vez ejecutada debe permanecer hasta la conclusión del proceso; lo cual conlleva a una excepción a lo establecido en el **artículo 15 del código procesal constitucional** “Por ello

mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada **deberá atender a la irreversibilidad** de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales”. Y concordante con el **artículo 16 del mismo código procesal constitucional** establece “La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

El Juez al emitir su fallo pagar los arriendos correspondiente a los dos meses y quince días y el desalojo como pretensiones acumuladas, sería justo hacer uso del cobro de los devengados de las cuotas vencidas en un proceso ejecutivo, por no existir un vacío y no percatarse del artículo 559 del precitado código. Tanto que la modificación sólo lo permite si el demandante no acumula sus pretensiones, pero de igual forma tendrá que ir solicitarlo en dicho proceso, será posible acumular si de igual forma para hacer valer sus derechos y cobrar tus devengados iniciar un proceso ejecutivo.

En cambio para su ejecución de la medida cautelar en demandante deberá taxativamente ofrecer una contracautela siempre atendiendo a la naturaleza de la pretensión a asegurar; si se tratase de resoluciones con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir una contracautela distinta a la caución juratoria, razón por la cual es necesario proponer un cambio normativo del artículo 611 del código procesal civil para lograr que la contracautela no es un requisito para su otorgamiento de la medida cautelar sino para su ejecución.

C. DOCTRINAS QUE SON RECHAZADAS INTEGRALMENTE POR LOS RESULTADOS EMPÍRICOS.

Que, teniendo en cuenta que las medidas cautelares están destinadas en principio a asegurar el resultado del proceso, no cabe la caducidad de la medida cautelar cuando se obtiene sentencia desfavorable, sino que la misma debe mantenerse hasta la conclusión del mismo. Este error legislativo viene ocasionando serios perjuicios a los actores, los mismos que se ven impedidos de asegurar el resultado de su proceso, ya que la parte demandada aprovecha la oportunidad para deshacer la defensa jurídica ejercitada por el actor.

Por ejemplo, si se demanda en un proceso de nulidad de acto jurídico, normalmente se plantea una medida cautelar de anotación de demanda, si el actor obtiene sentencia desfavorable en primera instancia, el demandado procede inmediatamente a transferir el inmueble a un tercero de buena fe y a título oneroso con lo cual al cancelarse pleno derecho la medida cautelar, la parte demandante tiene que volver a plantear una nueva medida cautelar, es así que entre el plazo en que se notifica la sentencia de primera instancia y es admitida la segunda medida cautelar es celebrado un nuevo acto jurídico de transferencia o gravamen, de fecha cierta y por escritura pública, anterior a la fecha de la presentación de la segunda medida cautelar.

Es así que en cuanto es presentada la referida medida cautelar a los Registros Públicos es rechazada por no tener vinculación el título inscrito – normalmente el nuevo propietario - con las partes involucradas en el proceso judicial que está en ciernes.

En el caso particular, los demandantes no solicitan la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo por la exigencia de acreditar el abandono del inmueble y a su vez por la caducidad de pleno derecho de la medida cautelar en caso sea desestimada la demanda en primera instancia; debiendo permanecer hasta la conclusión del proceso.

3. APOORTE A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

3.1. FORMULACIÓN DE PREMISAS DOCTRINARIAS

Los supuestos normativos en que se inicia una demanda de desalojo se producen normalmente cuando el contrato de arrendamiento se encuentra vencido por así establecerse en mismo documento o a través de una comunicación extrajudicial, en estos casos como es obvio no hay mucho que discutir, sólo ver los mecanismos más ágiles para la pronta restitución de la posesión al demandado y que el proceso concluya en el menor tiempo posible.

Asimismo, en el caso, de la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de las mercedes conductivas, si no se acredita con los comprobantes de pago respectivos el cumplimiento de la obligación dineraria, carece de mayor objeto dilatar la restitución de la posesión, teniendo en cuenta que los demandados y sus abogados realizan normalmente defensas abusivas sin medio probatorio idóneo alguno que así lo demuestre; se busca la restitución efectiva de la posesión inmediata del inmueble, o siendo lo más probable es que el proceso termine dándole la razón al actor.

El aporte a la normatividad jurídica va a permitir que los demandantes en los procesos judiciales en que una de sus pretensiones verse sobre la pretensión de desalojo no vean retardadas sus expectativas a obtener un resultado favorable de manera rápida y eficaz, sin esperar largos meses o años, mediante el empleo de la medida cautelar sobre el fondo sin el requisito de solicitar se acredite el abandono del inmueble; teniendo en cuenta que la mayoría de las veces, los demandados realizan defensas dilatorias o abusivas, atentando contra el principio de buena fe procesal, con el único propósito de entorpecer el momento de la ejecución final de la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Que, asimismo, el aporte a la normatividad jurídica va a permitir que los demandantes no vean frustradas sus expectativas de hacer efectiva la sentencia que les concede el derecho de manera definitiva mediante una sentencia con autoridad de cosa juzgada, mediante la modificación de la caducidad de la medida cautelar, la misma que se debe hacer efectiva de pleno derecho recién cuando la el proceso principal hubiere concluido y no como ocurre actualmente al momento en que en alguna instancia se desestima la demanda; evitando de esta manera el actual caos jurídico que viene ocasionando la caducidad de la medida cautelar.

De otro lado, resulta paradójico que a nivel constitucional se prohíban las medidas cautelares sobre el fondo o denominadas coincidentes con el petitorio de la demanda y a su vez, se permita su utilización en el ordenamiento procesal civil.

Contrariamente a lo esperado, la legislación constitucional es limitativa de derechos mientras que la del ordenamiento procesal civil en su artículo 674°, garantiza de manera más amplia el derecho a la tutela judicial efectiva, al establecer que excepcionalmente, por la firmeza del fundamento en la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, ya sea parcial o totalmente.

El aporte normativo para una mejor interpretación del artículo 585 del Código Procesal Civil, tenemos que hacer una salvedad en el artículo 559 del precitado código. Que permitir una mayor amplitud respecto a la acumulación del pago de arriendos al desalojo, pudiendo así que en un contrato de arrendamiento ya sea de bienes (muebles o inmuebles), el arrendatario tenga cuotas impagas de dos meses más quince días o un año, pueda no sólo hacerse cobro de dichas cuotas impagas, sino tener la posibilidad de hacer cobro efectivo de las cuotas dejadas de percibir hasta la restitución, entrega y abandono del bien y no sólo las planteadas con la demanda. Buscando con ello hacer posible una mejor utilización del artículo 585 del código procesal civil, dando mayor síntesis y realce a la acumulación de ambas pretensiones, coadyuvando de

alguna u otra forma a una mejor administración de justicia, permitirse hacer uso de esa reserva de la ampliación de cuotas devengadas generadas del mismo contrato de arrendamiento.

Uno de los puntos mas importantes al aporte normativo del artículo 611 del código procesal civil, es lograr que para ofrecer una contracautela al solicitar una medida cautelar de cualquier clase, no sea tomado como un requisito previo sino tomado en cuenta recién para su ejecución de la misma ya otorgada, logrando así mayor desarrollo en la figura de la contracautela que es básicamente asegurar los perjuicios que se pueden ocasionar con la ejecución de la misma, aún cuando en algunos casos el Juez la considera innecesaria.

3.2. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS RELACIONADAS A LAS PREMISAS DOCTRINARIAS QUE SERÁN CORREGIDAS O SUSTITUIDAS POR OTRAS NORMAS

Las normas jurídicas relacionadas a las premisas doctrinarias que serán corregidas o suprimidas son las siguientes:

- **El Artículo 679° del Código Procesal Civil**

3.3. FORMULACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS:

Se ha creído por conveniente proponer la modificación de tres normas jurídicas contenidas en el Código Procesal Civil, que se considera vienen ocasionando serios perjuicios, a fin de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que una justicia que tarda no es justicia, como son los Artículos 585° , 679° y 611° del Código Procesal Civil.

A. NUEVAS NORMAS PARA INCORPORAR A LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA

En principio si bien es cierto la propuesta modificatoria es bastante amplia, sin embargo, técnicamente la consideramos como una propuesta de modificación que se está planteando su incorporación en el ordenamiento procesal civil, y que se desarrolla a continuación.

B. LAS NORMAS MODIFICATORIAS O SUSTITUTORIAS DE LAS EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA.

B.1. PRIMERA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 559° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Artículo 559.- Improcedencias.-

En este proceso no son procedentes:

1. La reconvención;
2. Los informes sobre hechos;
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y
4. Las disposiciones contenidas en los Artículos 428, 429 y 440.

PROPUESTA DE TEXTO MODIFICATORIO DEL ARTÍCULO 559° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, en su último inciso:

Artículo 559.- Improcedencias.-

En este proceso no son procedentes:

1. La Reconvención;
2. Los informes sobre hechos;
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia;
4. Las disposiciones contenidas en los Artículo 428, 429 y 440, salvo cuando se trate de asuntos contenidos en el artículo 585.

C.1. SEGUNDA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 611° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar.-

El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso la resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

PROPUESTA DE TEXTO MODIFICATORIO DEL ARTÍCULO 611° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, en su Tercer párrafo:

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar.-

El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
3. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. El demandante deberá

ofrecer contracautela, para la ejecutividad de la medida cautelar y no como un requisito para la admisión de la misma.

La Resolución de la medida cautelar deberá precisar forma, naturaleza y alcances de la pretensión que se quiere asegurar. Cuando se trate de pretensiones con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

D.1. TERCERA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 679° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

“En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.”

PROPUESTA DE TEXTO MODIFICATORIO DEL ARTÍCULO 679° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, EL CUAL CONSTARÁ DE DOS NUMERALES:

- a.** “En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega del inmueble, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final luego que la parte demandada conteste la demanda o en su rebeldía, siempre que el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y ofrezca garantía por los eventuales daños y perjuicios que pudieren ocasionarse a la parte demandada. La medida cautelar se mantiene hasta la conclusión del proceso.

En caso sea desestimada la demanda y se haya restituido la posesión inmediata del inmueble al demandante. El órgano jurisdiccional procederá a restituir la posesión del inmueble al demandado y hará efectivo el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Para tales efectos una vez determinado el importe del daño, requerirá el pago al demandante, bajo apercibimiento de ejecución forzada.”

- b. En caso que el inmueble tenga inscrito un derecho en el Registro Público correspondiente del que emane claramente la pretendida restitución de la posesión inmediata del bien, procederá la ejecución anticipada de la futura decisión final.

Propuesta al Artículo 615º del Código Procesal Civil:

Texto Vigente:

“Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610º.

Propuesta modificatoria:

“es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable **en primera y segunda instancia; la medida será ejecutada por el órgano jurisdiccional que la conceda.** Aunque fuera impugnada. el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610º

CONCLUSIONES

1. El Proceso de Desalojo tiene como objeto la expedición de un derecho declarativo que se perfecciona durante el desarrollo del proceso judicial. Sin embargo, el desarrollo del referido proceso judicial hace muchas veces que la demora en el servicio de impartición de justicia, conviertan en injusta la restitución de la posesión inmediata del inmueble.

2. Para solicitar una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo se requiere lo siguiente: acreditar la verosimilitud o apariencia del derecho, que el inmueble se encuentre en estado de abandono y además ofrecer una contracautela.
3. La amplia mayoría de procesos judiciales, en los que alguna de las pretensiones versa sobre el desalojo del inmueble (más del 90%) termina con sentencia fundada con autoridad de cosa juzgada.
4. Consideramos que el artículo 679 del código procesal civil establece un requisito adicional totalmente innecesario para poder ejecutar anticipadamente la medida cautelar y es que el inmueble se encuentre en estado de abandono, lo cual enerva el derecho a la tutela judicial cautelar y de acceso a la justicia de manera efectiva y rápida.
5. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 679° del Código Procesal Civil en términos conceptuales se debe considerar que se aplica en todos aquellos casos que el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida (posesión inmediata) y adicionalmente se acredite el abandono del bien.
6. El objetivo buscado al solicitar una medida cautelar sobre el fondo es que la eficacia práctica de la sentencia sea igual a la que habría tenido ésta si hubiese sido pronunciada sin dilación alguna. Se persigue que la demora del proceso no perjudique los derechos del actor dada la evidente veracidad de la pretensión, por lo cual esta última será satisfecha sin esperar la sentencia y su ejecución.
7. A comparación de otros países, según la legislación comparada, el Perú es el único país que exige para conceder una medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo que el inmueble se encuentre en estado de abandono, lo cual limita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

8. El aporte a la normatividad jurídica va a permitir que los demandantes en los procesos judiciales que versen sobre la pretensión de desalojo empleen la medida cautelar sobre el fondo sin el requisito de solicitar se acredite el abandono del inmueble, a fin de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva.
9. Es reveladora la necesidad de un radical cambio normativo, dado que debe bastar con que se acredite la verosimilitud del derecho del actor y se garantice adecuadamente los eventuales daños y perjuicios que se pudieren ocasionar al momento de proceder a la restitución de la posesión para que sea amparable el procedimiento cautelar.
10. El aporte al Artículo 559 en su ultimo inciso va hacer posible, que el artículo 585 pueda tomar importancia la acumulación de pretensiones, y poder así no verse limitado en hacer uso de la reserva de ampliación de cuantías o cuotas por cobrar devengadas a lo largo del proceso, hasta su conclusión de la misma, ya no será necesario recurrir a la vía ejecutiva para hacer cobro de dichos devengados.
11. De igual forma consideramos que el artículo 611 del código procesal civil, con una propuesta de cambio en lo que respecta al requisito de contracautela para solicitar una medida cautelar de cualquier tipo, sea recién ofrecida para la ejecución de la misma, y no como un requisito para ser solicitada, gran parte de la doctrina manifiesta que es lo más adecuado, tal como se viene aplicando con mucha satisfacción en los procesos contenciosos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALSINA, Hugo (1946). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina.
2. ALTERINI, Atilio Aníbal y Otros (1993). Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires - Argentina.

3. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - Argentina.
4. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2003). La Cláusula Rebus Sic Stantibus. Editorial Tirant to Blanch. Valencia - España.
5. ÁNGELES JOVÉ, María (1995). Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Editorial Bosh S.A. Barcelona - España.
6. ARAZI, Roland (1999). Medidas Cautelares. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina.
7. ARIANO DEHO, Eugenia (2003). Problemas del Proceso Civil. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú.
8. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max (1988). Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II. Editorial San Jerónimo. Lima - Perú.
9. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (1980). De los Derechos Reales. Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú.
10. AZULA CAMACHO, Jaime libro Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General Del Proceso, Editorial Temis 2000 Séptima edición.
11. BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, José Manuel (1992). Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional. Editorial Aranzadi. Barcelona - España.
12. BRAMONT ARIAS TORRES, LUIS. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Editorial San Marcos. 4ta Edición 1998.
13. BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto (2001). Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima - Perú.

14. BELLO LOZANO, Humberto (1987). Los Trámites Procesales en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Editorial Estrados. Cuarta Edición. Caracas - Venezuela.
15. BLASCO PELLICER, Ángel (1996). Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. Editorial Civitas. Valencia - España.
16. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental, citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en Código Procesal Civil Comentado. Editorial Rodhas. Lima - Perú.
17. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1981). Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. Lima - Perú.
18. CALAMANDREI, Piero (1945). Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina.
19. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Traducción Sentís Melendo. Buenos Aires - Jurídicas Europa América 1973. Argentina.
20. CALVO BACA, Emilio (2004). Código de Procedimiento Civil Venezolano: Concordado y Comentado. Editorial Ediciones Libra. Caracas - Venezuela.
21. CAROCCA PÉREZ, Alex (1998). Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Editorial Bosch. Barcelona - España.
22. CARREIRA ALVIM, J.E., Código de Processo Civil Reformado. Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 1995.
23. CASTAÑEDA, Jorge E. y Otros (2000). DIRECTUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Revista Nro. 1. Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima - Perú.

24. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1952). Los Derechos Reales. Lima - Perú.
25. CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de los Contratos Típicos: Mutuo - Arrendamiento. Fondo Editorial PUCP. Lima - Perú.
26. COLOMBO, CARLOS J (1992). Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina.
27. CÓDIGO CIVIL COMENTADO (2004). Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima - Perú.
28. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ (1993). Las Medidas Cautelares en España. Madrid - España.
29. CONSTANTINO, Juan Antonio (1997). Las Medidas Cautelares en el ámbito de la Comunidad Europea, Los Tribunales Constitucionales y el Mercosur. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima - Perú.
30. COUTURE, Eduardo (1958). Introducción al Estudio del Proceso Civil. Buenos Aires - Argentina. Ediciones Arayú. 1958.
31. CUADROS VILLENA, Carlos Fernandinand (1995). Derechos Reales. Editorial Cultural Cuzco. Lima - Perú.
32. CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994). La Tutela Judicial Efectiva. Editorial Bosch. Barcelona - España.
33. CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991). La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa. Editorial Civitas. Madrid - España.
34. CHIOVENDA, Giuseppe (1948). Instituciones del Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid - España.

35. DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). Teoría general del Proceso. Tomo I. Editorial Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires - Argentina.
36. DE LÁZZARI, Eduardo (1996). Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata – Argentina.
37. DI IORIO, Alfredo J. (1985). Temas De Derecho Procesal. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina.
38. DIAZ ESPONDA, Javier (2008). Inconveniente modificación del Artículo 585 del CPC. Suplemento de análisis Jurídico del el Peruano. Fecha 12 de Agosto del 2008. Página 7. Lima-Perú.
39. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1983). Estudios del Contrato Privado. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima - Perú.
40. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991). El Contrato en General. Vol. XI. 1ra. Parte - Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú.
41. DICCIONARIO LAROUSSE (1992). Ediciones Larousse. Lima - Perú.
42. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid - España.
43. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Fundación Tomás Moro. Edición Espasa Calpe. S.A. Madrid, 2007. Impreso en España.
44. DONGO DENEGRÍ, Luis (1994). El Arrendamiento Urbano. Editorial Marsol S.A. Lima - Perú.

45. ENRICO RENDETI , Derecho procesal civil , t . i Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa América , 1957. Argentina.
46. FIGALLO, Guillermo y POLACK, César (1994). Ley de Alquileres. Editorial Atlántida. Lima - Perú.
47. FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán (1994). Código Penal Comentado y Analizado. Editorial Inkari. Primera Edición. Lima - Perú.
48. FORNO FLOREZ, Hugo (2002). En: Código Civil Comentado. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo VII. Lima - Perú.
49. FRANCISKOVIC IGUNZA, Militza y Beatriz Franciskovic Igunza (2001). Código Civil - Sumillado - Concordado con Jurisprudencia e Índice Analítico. Editorial Gráficas Horizonte. Lima - Perú.
50. GACETA JURIDICA. Medidas Cautelares (2004). Dialogo con la Jurisprudencia. Pág. 27. Enero 2004.
51. GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2000). Tesis sobre Cautela y Contracautela en el Proceso Civil. Escuela de Post-Grado con mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima - Perú.
52. GARCÍA AMIGO, Manuel (1995). Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Lecciones de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Mc Graw-Hill. Madrid - España.
53. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992). La Batalla por las Medidas Cautelares. Editorial Civitas. Madrid - España.
54. GARCÍA PONS, Enrique (1997). Responsabilidad del Estado: la Justicia y sus Límites Temporales. Editorial Bosch. Barcelona - España.

55. GATICA RODRÍGUEZ y Otros (2001). La Conciliación Extrajudicial. Editorial APROPAZ. 2da. Edición. Lima - Perú.
56. GELSI BIDART, Adolfo (1995). Tutela Procesal Diferenciada. En Revista de Estudios Procesales. Santa Fe.
57. GONZÁLES PÉREZ, Jesús (1989). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Editorial Civitas. Madrid - España.
58. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1997). Citado por Juan Monroy Gálvez. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. La Conciliación en el Código Procesal Civil del Perú: Teoría y Técnica. Editorial PUCP. Lima - Perú.
59. HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. (2000). Proceso Cautelar. Editorial Ediciones Jurídicas. 3ra. Edición. Lima - Perú.
60. HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. y José P. Vásquez Campos (2002). Código Procesal Civil: Concordado, Comentado y Actualizado. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú.
61. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). Procesos Sumarísimos: Doctrina y Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
62. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000). El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Editorial San Marcos. Lima - Perú.
63. HURTADO REYES, Martín Alejandro (1996). Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Lima - Perú.
64. HURTADO REYES, Martín (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Editorial Palestra Editores. Lima-Perú. Pág. 244.

65. IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando y Otros (2002). El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Editorial Ediciones Legales. 1ra. Edición. Lima - Perú.
66. BIGIO CHREM, Jack (1994). El Contrato de Arrendamiento. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
67. KIELMANOVICH, Jorge L. (2004). Medidas Cautelares. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - Argentina.
68. LA ROCHE, Ricardo (2002). Medidas Cautelares. Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo.
69. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2001). Jurisprudencia Actual. Tomo IV. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú.
70. LORENZETTI, Ricardo Luis (2003). Citado en el Diario Oficial El Peruano (06/04/05). Contratos: Parte Especial. Tomo I. Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe - Argentina.
71. LOUTAYF RANEA, Roberto (2004). Citado por la Academia de la Magistratura. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. Buenos Aires - Argentina.
72. LEY NÚMERO 28237. Publicado el 31 de Mayo del 2004. Código Procesal Constitucional. Artículo 15.
73. MAGUIÑA CUEVA, Víctor (1985). El Contrato de Arrendamiento. Manual del Nuevo Código Civil. Lima - Perú.
74. MARÍA RAMÍREZ, Eugenio. Tratado de Derechos Reales. Editorial Osbac. Lima - Perú.
75. MARÍN GONZÁLES, Juan Carlos (2004). Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago - Chile.

76. MARTEL CHANG, Rolando (2003). Tutela Cautelar y Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil. Palestra Editores. Lima - Perú.
77. MARTINEZ BOTOS, Raúl (1990). Medidas Cautelares. Editorial Universo. Buenos Aires - Argentina.
78. MARTÍNEZ COCO, Elvira (1997). Ensayos de Derecho Civil I. Lima - Perú. Editorial San Marcos.
79. MÉDICUS, Dieter (1995). Tratado de las Relaciones Obligatorias. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona - España.
80. MÉNDEZ VILALTA, Puig Brutau (2003). Citado por Eugenio María Ramírez en Tratado de Derechos Reales: La Posesión. Lima - Perú.
81. MESINAS MONTERO, Federico (1999). Las Medidas Temporales sobre el Fondo. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú.
82. MICHELE TARUFFO (1980). La Giustizia Civile in Italia dal '700 a oggi. Bologna - Mulino.
83. MILITZA FRANCISKOVIC IGUNZA y Beatriz Franciskovic Igunza (2001). Código Civil - Sumillado- Concordado con Jurisprudencia e Índice Analítico. Editorial Gráficas Horizonte. Lima - Perú.
84. MIRANDA CANALES, Manuel (1995). Los Contratos Nominados en el Código Civil. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú.
85. MONROY CABRA, Marco Gerardo (1979). Principios del Derecho Procesal Civil. Editorial Temis Librería. Bogotá - Colombia.
86. MONROY GÁLVEZ, Juan (2002). Citado por Wilvelder Zavaleta Carruitero en Código Procesal Civil Comentado. Editorial Rodhas. Lima - Perú.

87. MONROY PALACIOS, Juan José (2002). Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Editorial Industria Gráfica. Lima - Perú.
88. MONROY PALACIOS, Juan José (2002). La Tutela Procesal de los Derechos. Editorial Palestra. Lima - Perú.
89. MORELLO, Augusto.M. (1996). La Cautela Material. Editorial Berizonce. Buenos Aires - Argentina.
90. MORELLO, Augusto M. (1996). Anticipación de la Tutela. Editorial Librería Editora Platense S.R.P. La Plata - Argentina.
91. MORTARA, Ludovico (1923). Commentario del Codice Edelle Leggi di Procedura Civile. Trad. Francesco Vallardi. Milano-Italia.
92. MUÑIZ ZICHES, Jorge (1995). Comentarios al Arrendamiento. Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Editorial Ocurra. Lima - Perú.
93. NÉSTOR DE LÁZZARI, Eduardo (1989). Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina.
94. NOVELLINO NORBERTO, José(1995). Derecho Procesal Civil Y Comercial. Editorial Rubinzal-culzoni. Santa Fe. Argentina.
95. NORO VILLAGRA, Jorge (2001). Las Medidas Cautelares. Editorial Platense. La Plata - Argentina.
96. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2002). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Palestra Editores. Lima - Perú.
97. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2003). Temas del Proceso Civil. Editorial Jurista Editores. Lima - Perú.

98. OBRA COLECTIVA DE DERECHO PROCESAL (2001): Aspectos referidos a la eficacia del llamado Proceso Familiar. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina.
99. ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal. Academia de la Magistratura. Revista Nro. 3. Lima - Perú.
100. ORTELLS RAMOS, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía (1996). La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español. Editorial Comares. Granada.
101. ORTELLS RAMOS, Manuel (2004). Nuevas Tecnologías y Proceso Jurisdiccional en el Ámbito Iberoamericano. Editorial Fondo Editorial de la PUCP. Lima - Perú.
102. OTTOLENGHI, Mauricio (2002). Citado por la Academia de la Magistratura en temas relacionados a las Medidas Cautelares. Lima - Perú.
103. OVALLE FAVELA, José (1996). Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc Graw Hill Serie Jurídica. México.
104. PALACIO LINO, Enrique (1992). Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires - Argentina.
105. PALACIOS GARCÍA, Luis (1992). Arrendamiento, Comodato y Desalojo. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima - Perú.
106. PALMER OLIDEN, Carmen Julia (2001). El Contexto de Justificación de las Medidas Temporales sobre el Fondo. En Revista Jurídica del Perú N° 27. Volumen 51 - Octubre. Lima - Perú.
107. PEÑA CABRERA, Raúl (1995). Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Estudio Programático de la Parte General. Editorial Grijley. Lima - Perú.

108. PÉREZ RAGONE, Álvaro J.D. (2001). Tutelas Provisorias de Derechos en el Proceso Civil. En Revista IUS ET VERITAS 21. Lima - Perú.
109. PEYRANO, Jorge W. (1997). La Tutela de Urgencia en General y la Tutela Anticipatoria en Particular. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina.
110. PEYRANO, Jorge (1997). Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactorias. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina.
111. PEYRANO, Jorge W. (1995). Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires - Argentina.
112. PICÍ JUNOY (1998). Las Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Bosh. Barcelona España.
113. PODETTI, J.R. (1956). Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Ediar. Tomo IV. Buenos Aires - Argentina.
114. PODETTI, Ramiro (1956). Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina.
115. RAMÍREZ JIMÉNES, Nelsón Suplemento de Análisis Legal del Diario el Peruano. Nro. 213 de fecha 26 de Agosto del 2008. Pagina 2 y 3. Lima-Perú
116. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson (2002). Realización de los Derechos y Actuación de las Resoluciones. Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima - Perú.

117. RENGEL ROMBERG, Arístides (1991). Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Editorial Ex Libris. Caracas - Venezuela.
118. RETAMOZO LINARES, José Alberto (2002). Jurisprudencia Civil. Tomo II. Editorial Fecat. Lima - Perú.
119. REVISTA DE NORMAS LEGALES (2003). Doctrina, Jurisprudencia y Actividad Jurídica. Año LXIII. Tomo 331. Volumen II. Trujillo - Perú.
120. RIVAS, Adolfo (2003). La Jurisdicción Anticipatoria en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Lima - Perú.
121. RIVAS, Adolfo A. (1997). Decisiones Anticipatorias. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal.
122. RIVAS, Adolfo A. Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano. Editorial Jurista Editores EIRL. Lima-Perú 2005.
123. ROJAS VARGAS, FIDEL. Estudios de Derecho Penal Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurista Editores 2004.
124. ROCCO, Ugo (1977). Tratado de Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina.
125. SÁNCHEZ - PALACIOS PAIVA, Manuel (2003). El Ocupante Precario. Editorial Ediciones Legales. Lima - Perú.
126. SARAZÁ JIMENA, Rafael (1994). Doctrina Constitucional aplicada en materia Civil y Procesal Civil. Editorial Civitas. Madrid - España.
127. SATTA, Salvatore (1971). Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Stis Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires - Argentina.

128. SAVIGNY, Friedrich Kart Von (2002). Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal sobre Racionalismo y Tutela Preventiva en Derecho Civil. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima - Perú.
129. Serrantes Peña, Oscar/Palma, Jorge Francisco (1993). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias (anotado y sumillado). Editorial De Palma. Buenos Aires Argentina.
130. SOLER, Sebastián (1995). Citado por Julio Mazuelos Coello en Usurpación: Delito Instantáneo o Permanente. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú.
131. TAM PÉREZ, José (2002). Citado en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal: El Poder General de la Cautela como máxima expresión del Poder Jurisdiccional en sede Cautelar. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima - Perú.
132. TARAMONA, José Rubén (1996). Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares: Teórico - Práctico. Editorial Huallaga. Lima - Perú.
133. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto (2003). Contrato de Arrendamiento. Gaceta Jurídica Editores. Lima - Perú.
134. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1995). Contratos de Uso y Disfrute. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
135. VARGAS, Abraham Luis (1996). Teoría General de los Procesos Urgentes en la Legislación Italiana. Parte I. La Ley.
136. VECINA SIFUENTES, J. (1993). Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional. Editorial Colex. Madrid - España.

137. VELA GALLO, Francisco (1993). Derecho Procesal Civil. Procesos Especiales y No Contenciosos. Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú.
138. VÉSCOVI, Enrique (1984). Teoría general del Proceso. Editorial Temis. S.A. Bogotá - Colombia.
139. VIGNERA, Giuseppe Sui rapporti tra provvedimenti d'urgenza e sentenza di merito En Revista di Diritto Processuales. Padova: Cedam. A993.
140. VITTORIO DENTI (1982). Un Progetto per la Giustizia Civile. Bologna: Mulino.
141. VIDELA CARBAJAL, Karla (2007). Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Editorial Casa de Estudios de la Universidad de Piura. Piura-Perú. Pág. 39.
142. WATANABE, Kazuo. Da Cognicao no Processo Civil. En Revista Dos Tribunais. Sao Pablo. 1987, tomado del artículo de Tutelas Provisorias de Derechos en el Proceso Civil de Álvaro J. D. PEREZ RAGONE, de la Revista IUS ET VERITAS N° 21.
143. ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2002). Código Procesal Civil Comentado. Editorial Rodhas. Lima - Perú.